



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

GUILHERME VALLE BRUM

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS:
COERÊNCIA, CONSISTÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

Brasília
2013

GUILHERME VALLE BRUM

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS:
COERÊNCIA, CONSISTÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
programa de Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília
2013

GUILHERME VALLE BRUM

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS:
COERÊNCIA, CONSISTÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
programa de Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Brasília-DF, de de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Orientador

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Membro Externo

BRUM, Guilherme Valle.

Discrecionalidade judicial e políticas públicas: coerência, consistência e consequências na interpretação do Direito / Guilherme Valle Brum. -- 2013. 151 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

1. Discrecionalidade Judicial. 2. Políticas Públicas. 3. Teoria da interpretação judicial. 4. Hermenêutica. 5. Filosofia do Direito. I. Título.

CDU:

O amor pode mesmo se fortalecer na distância.
Dê, este é pra ti!

AGRADECIMENTO

Sempre achei – e continuo achando – que uma das maiores virtudes do professor é provocar incômodo, desconforto, inquietação intelectual. Fui aluno do professor Roberto Freitas Filho na disciplina de Fundamentos de Metodologia da Pesquisa em Direito, participei de seu seminário sobre Direito, política e linguagem e sou integrante de tradicional grupo de pesquisas por ele comandado, o Hermenêutica e Políticas Públicas. Nunca saí intelectualmente “ileso” dos encontros. *Muito obrigado, professor!*

RESUMO

O presente trabalho discute a discricionariedade judicial no controle de políticas públicas. A literatura jurídica brasileira sobre o controle de políticas públicas não trata, de um modo geral, sobre a discricionariedade dos juízes. Mas é possível utilizar as teorias de Ronald Dworkin e de Neil MacCormick para a obtenção de critérios de sindicabilidade do poder discricionário dos magistrados, principalmente quando em discussão casos difíceis, como podem ser caracterizadas, em geral, as controvérsias sobre políticas públicas. Esses critérios são a coerência/integridade do Direito, a consistência da interpretação jurídica e o prognóstico das consequências da deliberação jurisdicional. As decisões de tribunais brasileiros sobre política pública penitenciária podem e devem ser analisadas à luz desses critérios decisórios.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial. Políticas públicas. Ronald Dworkin. Neil MacCormick. Limites da interpretação jurídica. Coerência. Consistência. Consequências.

ABSTRACT

This paper discusses the judicial discretion on the review of public policies. The Brazilian legal literature on the judicial review of public policies does not address the issue of judicial discretion. The theories of Ronald Dworkin and Neil MacCormick provide criteria for assessing the judicial discretion in controversies about public policy. These criteria are coherence/integrity of the law, legal consistency of interpretation and prognosis of the consequences of judicial decision. The Brazilian court decisions on public policy should be analyzed according to these decision criteria.

Keywords: Judicial discretion. Public policies. Ronald Dworkin. Neil MacCormick. Limits of legal interpretation. Coherence. Consistency. Consequences.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
I O PROBLEMA DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	15
1.1 O paradigma do juspositivismo, a discricionariedade dos juízes e o novo senso comum teórico sobre o controle judicial de políticas públicas.....	15
1.2 Princípio, políticas e poder discricionário: o <i>debate Hart x Dworkin</i>	31
1.3 Os casos difíceis e a relevância do silogismo na interpretação do Direito: há algo além do “as regras aplicam-se por subsunção e os princípios, por ponderação”?.....	50
1.4 Apresentando as teorias que fornecerão os critérios de sindicabilidade das decisões em um contexto de justificação externa (MacCormick e Dworkin).....	64
1.5 Justificando os critérios: isonomia formal e universalizabilidade.....	68
II JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM: OS PARÂMETROS DAS CONSEQUÊNCIAS, DA COERÊNCIA (INTEGRIDADE) E DA CONSISTÊNCIA	78
2.1 A consideração das consequências da deliberação jurisdicional.....	78
2.2 A exigência de coerência/integridade das decisões.....	91
2.3 A necessidade de observância da consistência na interpretação de textos normativos.....	108
III ANALISANDO O DISCURSO DE TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE A POLÍTICA PENITENCIÁRIA DO ESTADO.....	115
3.1 Um conceito de política pública e a base normativa da política pública penitenciária.....	115
3.2 As decisões selecionadas para análise.....	120
3.3 Análise do âmbito de justificação interno e possibilidade de problematização dos casos.....	125

3.4 Análise do âmbito de justificação externo: um exame crítico da fundamentação das decisões.....	129
---	------------

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	144
--	------------

INTRODUÇÃO

Presenciamos, no Brasil, um recente debate público entre ministros do Supremo Tribunal Federal, de um lado, e membros do Congresso Nacional, de outro, a respeito da admissibilidade da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/2011 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados.¹ A proposta de alteração formal da Constituição da República pretende aumentar a quantidade mínima de votos de integrantes de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, bem como condicionar o efeito vinculante das súmulas de jurisprudência do Supremo e as decisões sobre a inconstitucionalidade de emendas à apreciação do Poder Legislativo. Em outras palavras, o que almeja essa PEC é um maior controle institucional sobre as decisões do Poder Judiciário.

Não abordarei aqui a discussão sobre a PEC, seus eventuais méritos ou sua perniciosidade para a democracia. Há quem diga que ela foi apenas um resultado de inquietações momentâneas de parlamentares angustiados com a possível perda de prestígio político para o Poder Judiciário. Seja como for, vale destacar pelo menos uma preocupação constante da justificativa formalmente declarada como motivadora da proposta: a circunstância de que órgãos jurisdicionais brasileiros têm lançado mão de “interpretações pós-positivistas”, abusando, portanto, da utilização de princípios constitucionais a fim de fundamentar decisões “impregnadas de valor moral”. Esse fato guarda alguma semelhança com o problema de pesquisa apresentado neste trabalho. Preocupa-me a constatação de que os teóricos do campo do controle judicial de políticas públicas, apesar de se dedicarem à tarefa de descrever os princípios e os valores que entendem informar o seu objeto de estudo, não vêm demonstrando o mesmo interesse quando em jogo o problema da discricionariedade dos juízes. E a perplexidade aumenta quando verificamos que o seu ideário está visivelmente influenciando as decisões judiciais.

Até onde o Poder Judiciário pode ir quando analisa controvérsias sobre a (in)suficiência de políticas públicas? Há limites para sua atividade interpretativa? A produção doutrinária brasileira a respeito da judicialização de políticas públicas não vem efetivamente

¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667> . Acesso em 4.6.2013.

se ocupando com as respectivas respostas. É por isso que pretendo abordá-las neste texto. Para tanto, utilizarei as teorias de dois autores estrangeiros que se preocupam seriamente com a questão do poder discricionário dos julgadores, Neil MacCormick e Ronald Dworkin². Essas teorias fornecem elementos a partir dos quais podemos dividir a fundamentação das decisões judiciais em dois âmbitos de justificação (interno e externo), cada um deles obedecendo a critérios de controle de racionalidade distintos. Como veremos, no âmbito de justificação interno, a argumentação deve ser dedutiva e processar-se por meio de silogismos jurídicos; no âmbito de justificação externo, a argumentação tem de ser predominantemente persuasiva, visando à demonstração de que a decisão atende aos seguintes critérios de sindicabilidade: respeito à coerência/integridade do Direito, observância da consistência da interpretação e prognóstico das consequências da deliberação jurisdicional. Uma boa parte do trabalho será dedicada a descrever e a justificar os parâmetros/critérios de controle relativos a ambos os âmbitos da fundamentação das decisões judiciais, porquanto a minha hipótese é a de que eles servem bem para uma análise crítica do discurso dos tribunais brasileiros.

A fim de proceder ao teste de adequação prática desses critérios de controle decisório à finalidade proposta, selecionei para exame cinco decisões de três diferentes tribunais estaduais da Federação (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia). Essa quantidade de decisões me possibilitará, nos limites deste ensaio, examinar com alguma profundidade as respectivas fundamentações. A propósito, o número de acórdãos não é um fator determinante para minha pesquisa, porque o intuito é verificar se os parâmetros de controle da discricionariedade judicial adotados aqui são aptos para cumprir o seu objetivo: a sindicabilidade racional do discurso dos juízes. O fundamental para esse teste, portanto, é que a escolha recaia sobre decisões cujo objeto sejam controvérsias que caracterizem casos difíceis, aqueles sobre os quais não encontramos respostas *prima facie* no ordenamento jurídico. Esses casos, por demandarem intensa atividade interpretativa para sua resolução, acabam dando azo ao exercício do poder discricionário dos magistrados.

Escolhi, por isso, pronunciamentos jurisdicionais que pretenderam dispor sobre política pública penitenciária. São decisões que entenderam possível a intervenção do Poder Judiciário para obrigar o Poder Executivo a construir e reformar presídios, assunto sobremaneira complexo. Cuida-se, sem dúvida, de casos difíceis. Ressalto, contudo, que não

2 Ambos recentemente falecidos. MacCormick em 2009 e Dworkin em 2013.

farei aqui – como parece intuitivo – um estudo de sociologia, de antropologia ou de política criminal, muito menos de Direito Penal ou de algo do gênero.³ De maneira alguma ousaria propor soluções para o gravíssimo problema da superlotação dos presídios que assola o Brasil, tampouco me arriscaria a fornecer alternativas à pena privativa de liberdade. Isso é tarefa para os profissionais dessas diversas disciplinas que, transversalmente, tocam a problemática. Minha preocupação com a seleção das decisões sobre a matéria é outra, bem diversa: pretendo analisar o eventual déficit de fundamentação do discurso jurisdicional à luz dos critérios decisórios extraídos das teorias que servirão de anteparo ao meu argumento. É, pois, um tema inserto na seara da filosofia ou da teoria do Direito.

Vale registrar que a política penitenciária do Estado foi judicializada basicamente por duas circunstâncias. A primeira relacionada ao avanço dos juízes, pós-Constituição de 1988, sobre problemáticas que devem ou deveriam ser resolvidas pela atuação política nos foros próprios, ocorrência que ficou conhecida como *protagonismo judicial*. E a segunda, a chamada crise carcerária: a insuficiência do número de presídios para a quantidade crescente de detentos, os quais acabam vivendo em condições desumanas. A temática possui contornos nacionais. E não só porque a crise carcerária alcança praticamente todo o território do Brasil, mas também pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a repercussão geral (102, § 3º, CRFB) da discussão nos autos do recurso extraordinário 592.581/RS. Isso, aliás, torna ainda mais relevante o debate sobre o poder discricionário dos juízes em ações da espécie. Basta imaginarmos que, caso a Suprema Corte brasileira, quando da apreciação do mérito do recurso extraordinário, venha a considerar legítimo que o Poder Judiciário determine ao Poder Executivo a construção e a reforma de casas prisionais, essa potencial decisão, pelos seus naturais efeitos *erga omnes* e vinculantes, autorizará que todos os tribunais e juízes do país disponham sobre o assunto, atuando como árbitros do melhor meio de se realizar a política pública sob enfoque.

Enfim, a ideia geral subjacente a todo o trabalho é a de que, em um terreno fértil para a criatividade judicial, como o do controle de políticas públicas penitenciárias, não podemos perder de perspectiva as promessas do ideal político do Estado de Direito, notadamente a da proteção contra o arbítrio no exercício de autoridade e a de um regime de decisões judiciais justificadas racionalmente. Tais promessas sofisticaram-se no período moderno, evoluindo, em nome da emancipação individual, para a garantia da certeza possível

3 De maneira que não faço uso de autores que escrevem sobre esses temas.

no Direito e para a previsibilidade do conteúdo dos pronunciamentos do Poder Judiciário⁴. O desafio está em conciliar essas promessas, que pretendem realizar-se por meio de comandos gerais e abstratos – as leis –, com o caráter interpretativo e argumentativo do Direito, que se manifesta toda vez que o intérprete deve concretizar esses comandos impessoais para solucionar um problema real, no qual se identificam rostos, sentimentos e emoções daqueles que aguardam o desfecho do processo.

4 Vide apresentação à referida tradução brasileira de uma das obras de MacCormick: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XV.

I O PROBLEMA DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 O paradigma do juspositivismo, a discricionariedade dos juízes e o novo senso comum teórico sobre o controle judicial de políticas públicas

É possível falarmos em “paradigmas” no Direito? A resposta a essa pergunta está longe de ser simples e, desde logo, assumo que não a tenho. Mas, para desenvolver o meu argumento neste capítulo, é imprescindível que algumas considerações sobre essa problemática sejam ao menos apresentadas. Essa dúvida, porém, poderia ser objeto de todo um trabalho, de modo que, se tentasse aprofundá-la aqui, fugiria muito do escopo do presente estudo. Seja como for, é preciso deixar claro que o conceito de paradigma desenvolvido originalmente por Thomas Kuhn⁵ foi pensado para as ciências exatas e biológicas, “que possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais”. Isso significa que essa conceituação deve ser utilizada, no Direito, com “reserva terminológica”.⁶

Pois bem. Kuhn apresenta um conceito de paradigmas como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência”.⁷ Esse sentido de paradigma é estreitamente relacionado com a noção de “ciência normal”, que pode ser

5 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

6 FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 30.

7 KUHN, op. cit., p. 13. Entretanto, em um posfácio editado no ano de 1969, Thomas Kuhn admite que, no corpo do texto, utilizou a expressão paradigma para designar coisas diversas. E uma delas seria a chamada matriz disciplinar de um saber. “Disciplinar porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; matriz porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada”. Alguns dos principais componentes de uma matriz disciplinar são: (1) as generalizações simbólicas, que funcionam em parte como leis e em parte como definições de alguns dos símbolos que elas empregam; (2) os modelos, identificados como compromissos coletivos com crenças, tais como “o calor é a energia cinética das partes constituintes dos corpos”, fornecendo ao grupo as analogias ou metáforas preferidas ou permissíveis e auxiliando, desse modo, a determinar o que será aceito como uma explicação; (3) por fim, os valores aceitos pelo grupo, os quais, em geral, são mais amplamente partilhados do que as generalizações simbólicas e os modelos, contribuindo, por um lado, para proporcionar aos cientistas um sentimento de pertencimento a uma comunidade global e, por outro, para identificar uma crise ou escolher entre maneiras incompatíveis de praticar a disciplina (KUHN, op. cit., p. 228-239).

caracterizada como uma “pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”, as quais, por seu turno, “são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior”.⁸ A longo de sua obra, o pensador demonstra as condições para a mudança paradigmática, que tem comumente seu início com a descoberta de alguma anomalia na ciência, anomalia essa que pode evoluir para uma crise e, assim, proporcionar uma revolução.

O conceito kuhniano de revolução parece efetivamente mais afeto às ciências naturais, em que “o exercício da pesquisa por vezes produz novos paradigmas, novas maneiras de entender a natureza, de ler seus textos. Mas as pessoas responsáveis por essas mudanças não as buscavam”.⁹ Essa possibilidade de existirem provocações involuntárias de mudanças evolutivas é utilizada pelo próprio autor, em trabalho posterior ao seu texto seminal, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, como critério de diferenciação entre as ciências naturais e sociais:¹⁰

A reinterpretação que resultou de seus esforços foi involuntária e, com frequência, obra da geração seguinte. Tipicamente, as pessoas responsáveis foram incapazes de reconhecer a natureza do que haviam feito. Contraste-se esse padrão com o padrão normal às ciências sociais de Taylor. Nestas, interpretações novas e mais profundas são o objetivo reconhecido do jogo.

De fato, acredito que as mudanças no Direito são sempre ou pelo menos quase sempre deliberadas. Nada ou quase nada há de involuntário aí. Diversamente das ciências naturais, nas quais pode haver uma revolução mesmo que a comunidade científica não a esteja buscando, as mudanças no campo jurídico decorrem de opções políticas. Longe estão, portanto, de serem o resultado de um exercício de pesquisa que produziu um novo paradigma sem que os pesquisadores se dessem conta do que estavam fazendo.

Todavia, apesar dessas dificuldades, a literatura jurídica brasileira e estrangeira vem recorrentemente se valendo da expressão *paradigma*. Ora para designar uma espécie de saber hegemônico do momento, ora para reportar-se a aspectos supostamente incontestáveis do conhecimento no interior da disciplina. Em algumas vezes, utiliza o texto de Kuhn para tanto; em outras, apenas enuncia a expressão sem preocupação em detalhar seu sentido. Um

8 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 29.

9 KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O Caminho Desde a Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 272.

10 Ibidem.

autor que utiliza esse termo com um significado peculiar, tendo o cuidado de explicá-lo, é Ronald Dworkin. Para ele, os paradigmas do Direito são “exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se”. Essa assertiva de Dworkin significa que os argumentos contra uma proposta interpretativa de determinado problema jurídico consistirão, geralmente, em demonstrar que ela é afrontosa ao paradigma. “Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário”. Os paradigmas, portanto, fixam as interpretações possíveis, mas nenhum paradigma é imune a ser contestado “por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”.¹¹

Não é necessária uma demorada pesquisa para encontrarmos escritores de tradições jurídico-filosóficas bem distintas falando sobre paradigmas no Direito. São exemplos: Roberto Freitas Filho,¹² Lenio Luiz Streck,¹³ Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti,¹⁴ no Brasil, e Friedrich Müller¹⁵ e o citado Ronald Dworkin, alhures. É interessante observar que todos eles, à exceção de Dworkin, consideram, cada qual a seu modo (fazendo ou não menção a Kuhn), o positivismo jurídico como um paradigma ou, pelo menos, como um movimento teórico integrante de um paradigma. Penso que o sentido de paradigma atribuído ao positivismo jurídico por esses autores é em alguma medida equivalente a um conhecimento hegemônico, amplamente aceito e reproduzido tanto pelos discursos de legitimação (doutrina) como pelos técnico-operativos (decisões). Desse modo, para não me alongar em uma discussão que fugirá dos objetivos deste texto, mas ciente das dificuldades expostas acima,¹⁶ passo a falar, tal como esses autores, no juspositivismo como

11 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 88-89. O autor retoma seu conceito de paradigma em outros escritos. É exemplo a seguinte passagem de um de seus conhecidos textos (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 348): “Podemos identificar o que aparentemente nem é preciso dizer que faz parte de nosso direito – o limite de velocidade, o código tributário, as regras de propriedade do dia a dia, os contratos etc., coisas com as quais estamos todos familiarizados. Podemos dizer que se trata de *paradigmas do direito*” [grifei].

12 FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

14 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

15 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

16 Com efeito, a partir daqui farei referência, na linha dos autores mencionados, ao positivismo jurídico e a outros movimentos teóricos que a ele se opõem (notadamente, o jusnaturalismo e o realismo) como paradigmas, sabedor, porém, das dificuldades da utilização desse conceito no Direito, pelo menos no controvertido sentido que lhe deu Kuhn. A opção pela utilização do termo se deve, acima de tudo, pela

um “paradigma” do Direito.

A nota distintiva e a originalidade do paradigma juspositivista estão, na boa síntese de Barzotto,¹⁷ na adoção, como condição de juridicidade, do critério de pertinência ou pertencimento. A norma é jurídica desde que pertença a um ordenamento jurídico. É isso que, a um só tempo, permite-lhe obter um conceito autônomo de Direito e o opõe a dois outros paradigmas, o “jusnaturalismo” e o “realismo”. Com efeito, para o realismo, a nota definatória do Direito está na sua eficácia, ou seja, o que o define é o comportamento efetivo das pessoas pertencentes a uma determinada comunidade. Trata-se de um conceito sociológico de Direito. Para o jusnaturalismo, por seu turno, o critério de juridicidade reside na justiça: só é Direito o que for justo. Apresenta, pois, um conceito moral de Direito.

O paradigma do juspositivismo rejeita essas duas ideias: a do realismo porque, ao se definir “aquilo que é eficaz”, resvala-se para o arbítrio e a sua conseqüente imprevisibilidade, e a do jusnaturalismo porque, para se chegar “àquilo que é justo”, deve-se invariavelmente passar pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça. Parece evidente, porém, que “aquilo que pertence ao ordenamento jurídico” como critério de juridicidade carece de um desenvolvimento maior. Afinal, uma vez rejeitadas a justiça e a eficácia como critérios possíveis, o que, para o positivismo, pertence ao ordenamento jurídico? A resposta é direta e simples: aquilo que é *válido*. A validade, portanto, é a nota distintiva. “Norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida”.¹⁸ E dizer que uma norma é válida equivale a afirmar que faz parte de um ordenamento jurídico, daí que o critério da validade é, em certo sentido, “genético”. Assim, como no Direito moderno, é ele (o Direito) quem regula a sua própria produção, considera-se válida toda norma produzida em conformidade com o ordenamento. É o próprio Direito, pois, que determina quais são as normas válidas, sendo então o Direito, e não o comportamento dos homens ou seus ideais de justiça, que diz o que é ou não *jurídico*.¹⁹

necessidade de clareza – que por vezes requer “acordos semânticos” desse tipo – na exposição das ideias.

17 BARZOTTO, Luis Fernando. *A positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

18 Ibidem.

19 Ibidem, p. 20. A essa altura, devo fazer um alerta. A descrição desses paradigmas foi feita por Barzotto de uma forma muito didática e em linhas bem gerais, para deixar marcadas as características principais e mais recorrentes de cada um. Por ter esse poder explicativo geral foi que a escolhi. Evidentemente, não desconheço que há vários tipos de “positivismos”, “jusnaturalismos” e “realismos”. Santiago Nino, por exemplo, a respeito do confronto *juspositivismo x jusnaturalismo*, relaciona dez maneiras de defender a existência de um vínculo importante entre moral e Direito, dizendo ser impossível supor que haja um modelo de positivismo que negue e um de jusnaturalismo que aceite todas (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à*

O positivismo produziu ao longo dos séculos XIX e XX – e ainda produz – forte influência sobre o pensamento jurídico ocidental. Poucas pessoas negariam isso. Para Roberto Freitas Filho,²⁰ por exemplo, o paradigma vigente é uma construção teórica consolidada no decorrer da modernização sócio-econômica do país, entre os anos 1960 e 1980, e é vinculado ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana. Esse paradigma, segundo o autor, considera o Estado como fonte central de todo o Direito, sendo a lei sua única expressão. Forma, portanto, um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de completude despreza, como metajurídicas, todas as indagações de natureza social, política e econômica.²¹

Precisamente pela importância do movimento juspositivista, o intenso debate sobre sua superação prossegue até hoje.²² Surgiram, nessa ambiência, influentes teorias, notadamente nos Estados Unidos da América e na Europa, que se propuseram a criticar o positivismo e, ao mesmo tempo, apresentar modelos teóricos no intuito de aperfeiçoá-lo ou mesmo substituí-lo. Fiquemos aqui apenas com os exemplos de Friedrich Müller e daqueles cujo pensamento servirão de anteparo às ideias que serão desenvolvidas neste estudo, Neil MacCormick e Ronald Dworkin. É interessante notar que os dois primeiros autores denominaram, literalmente, suas teorias de *pós-positivistas*.²³ No Brasil, também surgiram – e ainda vêm surgindo – propostas teóricas que pretendem avançar em relação ao positivismo jurídico. Talvez a mais conhecida e influente seja a de Luís Roberto Barroso, o qual também insere seu pensamento em um suposto paradigma pós-positivista, embora seja consideravelmente diferente das teorias de Müller e MacCormick.

Passo a descrever muito brevemente a posição teórica de Barroso, porquanto medida necessária ao argumento. Mas deixo claro, desde já, que não a adotarei aqui, a não ser

análise do Direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 17-18). Voltaremos brevemente a esse assunto no capítulo “Justificando os critérios: isonomia formal e universalizabilidade”.

20 FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 40-41.

21 Assim também parece pensar Tercio Sampaio Ferraz Junior, para quem a ciência dogmática do Direito na atualidade “costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 57).

22 Basta que nos lembremos da conhecida discussão entre Hart e Dworkin, que será objeto de um capítulo específico deste trabalho.

23 Vide: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2, e MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 9-15.

enquanto objeto de consideração crítica. Para ele, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”.²⁴ Eis aí, segundo o autor, o pós-positivismo, “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”.²⁵ De acordo com o constitucionalista brasileiro, o pós-positivismo não teria surgido com o ímpeto da desconstrução, tampouco almejaria um retorno ao jusnaturalismo, mas teria a intenção de superar o conhecimento tradicional, introduzindo no ordenamento positivo as ideias de justiça e legitimidade. Promoveria, portanto, “uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”.²⁶ Tais valores compartilhados pela sociedade se materializariam em princípios, tendo sua normatividade reconhecida e passando a estar abrigados, de modo implícito ou explícito, na Constituição. Nas exatas palavras de Barroso:²⁷

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Essas ideias espalharam-se no Brasil, tendo frutificado, notadamente, na literatura que versa sobre o controle judicial de políticas públicas. E isso ocorreu, muito provavelmente, por se tratar de campo de estudo situado no epicentro do debate sobre os limites e possibilidades do Poder Judiciário no desempenho da função de fazer atuar – muitas vezes diretamente, isto é, sem interposição legislativa – princípios constitucionais em situações concretas. Falo aqui, notadamente, dos princípios que positivam os chamados direitos sociais, cuja implementação a Constituição reserva, com primazia, pela via das políticas públicas, aos Poderes Executivo e Legislativo. Dessa forma, fazendo ou não menção ao advento do “pós-positivismo”, diversos autores que escrevem sobre o assunto têm na

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 325.

25 Ibidem, p. 325.

26 Ibidem, p. 326.

27 Ibidem, p. 327.

invocação de princípios e valores situados em uma zona de indefinição entre o moral e o jurídico (expressos ou implícitos no texto da Constituição) a fórmula necessária e suficiente para que Poder Judiciário delibere sobre a (in)adequação das políticas públicas enquanto concretizadoras de direitos. Alguns exemplos se fazem necessários para ilustrar o argumento. Mais um vez, devo salientar que são posicionamentos que se farão objeto de crítica.

Eduardo Cambi, por exemplo, afirma que a função do Poder Judiciário está sendo alterada: não mais se restringe à tarefa de subsunção do fato à letra da lei, mas compreende o exame do exercício discricionário do poder de legislar e de administrar a fim de aferir se estão conduzindo à efetivação dos resultados objetivados, no que chama de “responsabilidade finalística do juiz”. Para Cambi, o Poder Judiciário passa a exercer uma “função socioterapêutica”, corrigindo desvios na consecução das finalidades exigidas para a proteção dos direitos fundamentais, “além de assumir a gestão da tensão entre igualdade formal e justiça social”.²⁸

Na mesma linha, Osvaldo Canela Junior sustenta que, no controle de políticas públicas, toda a cognição do juízo gira em torno da ocorrência ou não de desigualdade social. Essa desigualdade deve ser aferida, no caso concreto, em cotejo com as possibilidades de fruição do direito social (artigo 6º da Constituição de 1988) objeto da lide. Ele alerta, no entanto, que não se trata da discussão acerca da desigualdade social “em termos genéricos”. A discussão, no caso concreto, é sobre “a eventual desigualdade social gerada pela ausência de satisfação espontânea e adequada do bem da vida indicado no pedido”.²⁹

Carlos Alberto de Salles,³⁰ por sua vez, adota o “interesse público” como um componente fundamental de sua teoria sobre o controle judicial de políticas públicas. Não acredita ser possível, porém, fornecer *a priori* um critério suficiente, fechado e exaustivo para servir de base para a definição de interesse público, mas apenas indicar um princípio de justiça distributiva materializado em opções concretas de alocação de recursos sociais. O seguinte trecho de seu texto ilustra bem a tese:³¹

Assim, relativamente ao meio ambiente e a outros bens comuns ou coletivos, esse princípio deve ser buscado na indivisibilidade característica

28 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 195.

29 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

30 SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65.

31 Ibidem, p. 65-66.

desses bens. Essa indivisibilidade traduz um critério de justiça distributiva, segundo o qual aqueles bens necessários à sobrevivência e desenvolvimento da coletividade são alocados a todo e qualquer de seus membros, não permitindo, portanto, qualquer utilização (ou apropriação) excludente, isto é, que impeça o pleno uso por outros de seus membros. Nessa medida, o princípio básico, que deve orientar a atividade jurisdicional de proteção a bens coletivos, deve ser o restabelecimento daquela característica de indivisibilidade que os define enquanto tal.

Essas ilações parecem suficientes para amparar a minha hipótese, mas trarei aqui o pensamento de mais uma jurista, sobremodo conhecida no Brasil, Ada Pellegrini Grinover, para quem o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, intervindo para implementá-las ou para corrigi-las quando equivocadas. Os limites a essa intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, segundo Grinover, são: a restrição à garantia do mínimo existencial, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público, a adequação da escolha do agente público e a reserva do possível.³²

Esses autores – e muitos outros³³ – são representativos do que considero um novo “senso comum teórico dos juristas” no campo do controle judicial de políticas públicas,

32 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 42, p. 11-32, 2008.

33 Por exemplo: BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005; MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007; BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 7-16, 2009; FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, p. 91-125, jan./mar. 2008; WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-36, mar. 2011; MARQUES, Lilian Patrus. Políticas públicas em juízo: meios de controle jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n.104, p. 62-77, nov. 2011; FARENZENA, Suélen. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais e a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Espírito Santo, n. 9, p. 77-104, jan./jun. 2011; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 77, p. 131-184, out./dez. 2011; FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Além desses, há o livro seminal de Eduardo Appio (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005), em que a abordagem do tema é em boa parte diferenciada, mas que entendo guardar algumas semelhanças com os demais por trechos como este (p. 60): “Ao interpretar o alcance de um princípio constitucional, o juiz manifestará um ato de vontade, na medida em que não existe objetividade apreensível no texto interpretado. A interpretação a ser conferida ao texto constitucional dependerá, portanto, das pré-compreensões histórico-filosóficas do juiz acerca do tamanho ideal do Estado contemporâneo e o princípio democrático”.

que aposta no uso – e abuso – dos princípios constitucionais para opor-se, pelo menos na sua específica área de estudo, ao paradigma do positivismo jurídico.³⁴ Essa expressão – “senso comum teórico” – foi desenvolvida, no interior do Direito brasileiro, pelo recentemente falecido jusfilósofo argentino Luis Alberto Warat.³⁵ O senso comum – ou “as vozes incógnitas das verdades jurídicas” – designa, de uma maneira geral, “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”. Trata-se, portanto, de um neologismo proposto por Warat a fim de obter um *conceito operacional* que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.³⁶

Não parece haver dúvidas de que tanto a doutrina como a jurisprudência são influenciadas “por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas” que anonimamente pauta seus atos de enunciação e decisão. O senso comum teórico forma, desse modo, a relação imaginária dos juristas com suas atividades, proporcionando um campo de significado por meio do qual se determina a aceitabilidade do real. “É o tempo imaginado da

34 Apesar de não se valerem da expressão “senso comum teórico”, há jusfilósofos que criticam a adesão dos constitucionalistas a esse “pós-positivismo brasileiro”, a exemplo de Elival da Silva Ramos (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-36) e Dimitri Dimoulis, que, na introdução à versão brasileira da obra “H. L. A. Hart”, de Neil MacCormick, faz a seguinte constatação: “MacCormick designa sua abordagem como ‘pós-positivista’ [...]. Mas os juristas brasileiros que utilizam o termo não citam suas obras, nem são por elas influenciados” (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. XVII). A propósito, Dimoulis, em outro estudo, tece agudas considerações contra o que chama de uma “retórica antipositivista” que vem se formando no âmbito da discussão doutrinária pátria (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 45-63).

35 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 13-18. Roberto Freitas Filho utilizou essa concepção de Warat para construir seu conceito de “cultura jurídica”, a qual, no sentido preconizado pelo autor, deve ser subdividida em cultura jurídica de formação e de atuação prática do jurista: a primeira fornece “o universo conceitual e determinada matriz ideológica aos operadores do Direito, propondo sua socialização política e conferindo-lhe uma determinada referência de função social”; a segunda é a que “se revela na *praxis* do ator jurídico, no cotidiano de suas atividades profissionais”, ou seja, quando o operador do Direito coloca em prática o conjunto de valores que traz consigo desde a sua formação (FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A Exaustão de um Paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 24-29). Outro jurista que se valeu do conceito de senso comum teórico para denunciar um certo *status quo* do saber jurídico, formatado pelo que chama de “crise de paradigma” do Direito, é Lenio Luiz Streck. Essa crise, para Streck, é sustentada ideologicamente por um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais (parlamentos, tribunais, escolas de direito, associações profissionais e administração pública). Tal emaranhado ideológico sufoca as possibilidades interpretativas, autorizando dissidências apenas possíveis, delimitadas previamente, de modo que tais dissidências “não ultrapassem o *teto hermenêutico* prefixado (horizonte do sentido)”. Vide: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65-75.

36 Ibidem, p. 13.

história”.³⁷ O problema é que esse campo de significado do novo senso comum teórico na questão do controle de políticas públicas leva os juristas que nele (no senso comum) estão inseridos a acreditarem que, ao defenderem suas ideias, estão tensionando o paradigma do juspositivismo, fazendo-lhe explícita ou implícita oposição. Acabam, porém, bem ao invés disso, por involuntariamente reproduzi-lo, pelo menos em certo sentido. Explico-me.

Os autores do novo senso comum teórico acreditam na forte atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, atuação essa fenomenalizada por meio da interpretação de princípios e valores constitucionais que incorporam cânones de moralidade abstrata como justiça social, justiça distributiva, igualdade, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, mas deixam de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da *discrecionalidade judicial* acarretada pela inerente indeterminação do Direito.³⁸ Essa questão não era tida pelos positivistas em geral e por provavelmente seu maior expoente em particular, Hans Kelsen, como um problema jurídico, mas moral ou político.³⁹

Ao fazer uma profissão de fé nessa gama de princípios e valores com conteúdo semanticamente muito aberto sem tratar dos limites da atividade interpretativa, o novo senso comum não está indo de encontro ao ideário do positivismo jurídico. Bem ao contrário disso, tal postura representa, consciente ou inconscientemente, uma atitude de aceitação da incontrolabilidade jurídica da discrecionalidade dos juízes, típica do paradigma juspositivista. Para que não restem dúvidas quanto a isso, consideremos as ideias expostas por

37 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 13-14. Devo referir aqui que não desconheço que Warat deu um maior desenvolvimento, nesse mesmo texto, a seu conceito de senso comum teórico, descrevendo-o em mais detalhes, deixando-o, pois, mais minucioso e abrangente. Porém, para o meu argumento, não será necessário um maior aprofundamento nessas ilações.

38 Registro, no entanto, que o problema da indeterminação do Direito e da correlata discrecionalidade dos juízes, embora não trabalhado pelos autores que compõem o novo senso comum teórico na seara do controle de políticas públicas, é estudado por uma significativa parte de juristas brasileiros ligados às disciplinas da filosofia do Direito e da hermenêutica, os quais efetivamente lidam com essa problemática do paradigma do juspositivismo. Ver, por todos, Roberto Freitas Filho e Lenio Luiz Streck, além de Rafael Tomaz de Oliveira: FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e juspositivismo*. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003; FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. O caso do *leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

39 É como pensa Albert Calsamiglia: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

Hans Kelsen na sua clássica “Teoria Pura do Direito”, uma das mais (senão a mais) importantes teorias do positivismo jurídico orientado para normatização no século XX.⁴⁰

Kelsen sustentava que o problema da interpretação das normas jurídicas não pertence ao Direito, mas à política. No conhecido capítulo VIII (“A interpretação”) da Teoria Pura,⁴¹ o jusfilósofo dizia haver uma relativa indeterminação no ato de aplicação do Direito. A relação entre um nível hierárquico superior e outro inferior da ordem jurídica, como a relação entre lei e Constituição ou lei e decisão judicial, é de vinculação, todavia a determinação nunca é completa. A norma de maior hierarquia não pode vincular em todas as direções o ato por meio do qual é aplicada. Resta sempre uma margem – ora maior ora menor – de livre apreciação, de modo que a norma do nível superior apresenta-se, em relação ao ato inferior de produção normativa ou à decisão judicial, como um quadro ou moldura a ser preenchida.

A indeterminação, segundo o pensamento kelseninano, sempre existe; às vezes, intencionalmente. Quando não é intencional, ela decorre da própria pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que o ato normativo se exprime: “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis”.⁴² Na hipótese de uma norma intencionalmente indeterminada, há – de modo expresse ou não – uma delegação voluntária do processo de determinação do(s) sentido(s) da norma ao órgão de produção normativa inferior ou ao aplicador da lei. É o que ocorre com as normas ditas “gerais”. Nas exatas

40 Assim entende Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 22-23): “Os representantes mais importantes do positivismo jurídico orientado para a normatização no século XX são Hans Kelsen e Herbert Hart. Kelsen define o direito como um 'ordenamento normativo coativo', cuja validade baseia-se numa norma fundamental pressuposta [...]. Segundo Hart, o direito é um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento ou de reconhecimento (*rule of recognition*). A função dessa regra corresponde à da norma fundamental de Kelsen [...]”.

41 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387-397. A versão do capítulo oitavo a que me refiro aqui corresponde àquela revista por Kelsen em 1960, quando realizou o que alguns autores chamam de “giro decisionista”. Eis o que referem a respeito Carvalho Netto e Scotti: “[...] na edição revista da *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen procede ao famoso *giro decisionista*, alterando o capítulo oitavo da obra dedicado à questão da interpretação. Precisamente o que distingue, para Kelsen, a interpretação científica da interpretação que denomina autêntica, é o fato de a primeira ser neutra e de não ter o poder de vincular as pessoas tão somente em razão da pronúncia, como as autoridades estatais competentes para decidir e aplicar a norma jurídica o fazem. Ele se indaga agora o que aconteceria se a autoridade decidisse por um sentido que não estivesse contido no interior do quadro dos sentidos admissíveis traçados pela doutrina, e responde: azar da Ciência do Direito, é a autoridade que pode impor a observância das normas e não o cientista”. (NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-50).

42 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 389.

palavras de Kelsen: “o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre [...] sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação”.⁴³

Fiel ao seu ideal positivista, Hans Kelsen afirmava não haver qualquer critério jurídico com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura de interpretações de determinada norma possa ser preferida à outra. Não existe, segundo sua teoria, método capaz de ser qualificado como de Direito positivo que aponte qual das várias significações verbais possíveis de uma norma pode ser destacada como “correta”. Não é, pois, um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito, regido por normas de moral ou de justiça. Daí que, na visão kelseniana, a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito⁴⁴ corresponde não a um ato de conhecimento, mas a um ato de vontade, que pode realizar não apenas “uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.⁴⁵

No momento em que admite que a interpretação jurídica “pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”, Hans Kelsen está aceitando que a discricionariedade judicial desconhece limites. A sua postulação geral, portanto, era a de que a interpretação, ou melhor, o resultado da atividade interpretativa não pode ser sindicado por meio das regras postas pelo Direito, o que está longe de significar que ele entendia isso como algo bom. Kelsen pode ser considerado um pessimista ou um fatalista em relação a essa situação. Aliás, em outro estudo,⁴⁶ chegou a lamentar o fato de as constituições positivarem regras expressas em termos tão vagos, aumentando ainda mais o poder discricionário dos magistrados e a sua consequente incontrolabilidade:

Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como

43 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 389.

44 Kelsen chama-a de “interpretação autêntica”.

45 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391-394.

46 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 262-263.

as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como 'liberdade', 'igualdade', 'justiça' etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento”.

Assim, na medida em que o novo senso comum teórico aposta, para propiciar o controle de políticas públicas, na incorporação de princípios e valores morais ao discurso jurisdicional sem problematizar a discricionariedade dos decisores, reafirma a tese fatalista de Kelsen e de outros positivistas no sentido da impossibilidade de sindicatizar a atividade interpretativa do Poder Judiciário. Nesse mesmo sentido, Lenio Streck sustenta que “há uma imensa dificuldade de libertação de toda carga conceitual que foi legada pelos anos de predomínio do positivismo”. O resultado disso é a reprimatização das velhas teses positivistas que tinham na discricionariedade judicial a solução do problema da decidibilidade. “A discricionariedade passou a ser a condição de possibilidade da decisão”.⁴⁷

Essa discricionariedade judicial agasalhada pelo novo senso comum teórico dos juristas – mesmo bem intencionada, como acredito que seja – equivale àquela de “sentido forte” descrita por Dworkin,⁴⁸ a qual redundará em um agir arbitrário. E o arbítrio, ainda que “prudente”, não pode ser, como veremos no decorrer do trabalho, a melhor solução para os problemas de (in)suficiência de políticas públicas, problemas para os quais não temos respostas fáceis. Ora, de que forma se interpreta o direito à integridade física do preso no contexto de uma ação em que o Ministério Público postula a construção de um presídio por um estado da Federação? O direito fundamental à moradia autoriza que se peça ao poder público a concessão gratuita de uma casa para quem não a possui? O portador de uma doença rara pode pedir a um município que lhe custeie um tratamento médico no exterior? O meu argumento, que perpassará por todo este estudo, será o de que a só invocação de valores e princípios não nos fornecerá as necessárias respostas. No mínimo, essa invocação deve vir acompanhada de uma justificativa sobre os limites do poder discricionário dos juízes em cada caso concreto.

Apesar disso, o novo senso comum teórico no campo do controle de políticas

47 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-92.

48 Os tipos de discricionariedade no pensamento dworkiniano, descritos no seu livro “Levando os Direitos a sério”, será detalhada e discutida no capítulo seguinte.

públicas vem sendo compartilhado pelo discurso jurisdicional, tendo em vista as naturais e recíprocas interações entre este e o discurso doutrinário.⁴⁹ Um bom exemplo é a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello na conhecida arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45, quando, embora tenha declarado a ação prejudicada em virtude da perda superveniente do objeto, fez considerações, em *obiter dictum*, reproduzidas em diversos precedentes formados posteriormente. Vale transcrever um excerto da decisão que, apesar de longo, serve para bem ilustrar o agasalhamento desse ideário nos pronunciamentos da Suprema Corte brasileira:⁵⁰

[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

[...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. *Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações*

49 Há, de fato, uma significativa quantidade de juízes que apostam na sua *discrecionariade* (chamada, às vezes, de “prudente arbítrio” ou de “livre convencimento”) para a resolução dos problemas de uma alegada insuficiência dos textos de lei. Streck elenca bons exemplos disso nos capítulos segundo e terceiro (respectivamente, “As práticas judiciais em *terrae brasilis* ou ‘de como fluem os sentidos que desnudam um paradigma’” e “Nas nesgas da linguagem, as manifestações doutrinárias que *des-cobrem* o DNA do solipsismo judicial”) de seu livro sugestivamente intitulado “O que é isto – decido conforme minha consciência?” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

50 Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 16.09.2012.

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [grifei]

Como se pode observar, não é possível extrair desse precedente os casos em que, efetivamente, será permitida a intervenção judicial em políticas públicas. É muito difícil discernir, a partir desse discurso, quando e até que ponto o Estado estará descumprindo, na prática, a principiologia constitucional e quando estará agindo dentro dos limites legítimos proporcionados por determinadas interpretações dos postulados genéricos que lhe balizam o atuar, como a reserva do possível ou o mínimo existencial. Em uma palavra: o problema da discricionariedade judicial está aí marcadamente presente e, por conseguinte, a indagação sobre “até onde o magistrado pode ir nesse campo” também.

Aliás, não creio ser possível tratar da judicialização das políticas públicas de uma forma assim tão ampla e abstrata. Para que os limites do atuar do juiz sejam fixados, parece-me necessário que sejam levadas em consideração as características da específica política pública que está, no momento, sendo objeto de apreciação jurisdicional. Muitas vezes, todavia, é um tanto difícil até mesmo divisar quando se está diante de uma política pública judicializada ou de meras decorrências desta, traduzíveis em direitos subjetivos exequíveis individualmente.

Explico com um exemplo: as tão conhecidas ações em que se pleiteiam a dispensação de medicamentos pelo Estado. Nessa demandas, comumente não se discute a política pública de saúde, mas apenas uma prestação específica de uma política já bem regulamentada em nível infraconstitucional. Quando falta, nas prateleiras dos órgãos que

compõem o sistema único de saúde, um remédio que deveria ser ofertado pelo poder público e, para a sua concessão, é aforada uma ação, está-se requerendo apenas o cumprimento de uma política desenvolvida e em funcionamento, o que torna possível a extração de um direito subjetivo a essa prestação material. Em uma simplificação, pode-se dizer que o raciocínio desenvolve-se por meio do seguinte silogismo: o Estado obrigou-se a fornecer, por meio do SUS, determinado fármaco (premissa maior), o particular pediu administrativamente mas não o obteve (premissa menor) e então o Poder Judiciário determina que a Administração Pública cumpra uma obrigação que ela própria se impôs. Parece ser esse o entendimento manifestado por Sueli Gandolfi Dallari ao referir que “o direito ao medicamento é parte do direito à saúde; é uma parte pequena, certamente”.⁵¹

A situação seria bem diferente se se tratasse de uma ação civil pública ajuizada com a pretensão de fazer incluir, no âmbito do SUS, para fornecimento gratuito a todos os potenciais beneficiários, uma nova droga, de caráter, por exemplo, experimental, não aprovada pela ANVISA, mas que fosse defendida por parte da comunidade médica como eficaz para o tratamento de uma doença cuja medicação não estivesse prevista para dispensação pelo poder público. Aí sim poderíamos falar em judicialização de uma política pública de saúde, a demandar uma interpretação muito mais complexa do fenômeno. Aliás, nessa hipótese, mesmo que a ação fosse ajuizada para beneficiar apenas uma pessoa (demanda individual), penso que ainda assim seria possível falarmos em judicialização da política pública. Como veremos, as decisões judiciais devem obedecer ao critério da universalizabilidade, de modo que um caso decidido de determinada maneira em favor de um indivíduo deverá ser decidido da mesma maneira para todos os outros indivíduos que estiverem em situação semelhante. Na prática, múltiplas ações individuais podem desarranjar mais incisivamente a política do que uma única ação plúrima. Isso, porém, só reforça as dificuldades inerentes ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.⁵²

O presente capítulo pretendeu discorrer um pouco sobre o estado da arte da

51 AUDIÊNCIA PÚBLICA: Saúde. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 225.

52 Essas ilações parecem receber o respaldo de José Reinaldo de Lima Lopes, quando refere que os direitos sociais – os quais, em boa parte, devem ser implementados por meio de políticas públicas – têm a característica de não serem, em princípio, fruíveis de modo individual, o que não quer dizer que não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente como se exigem outros direitos subjetivos. “Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 129).

literatura jurídica que versa a respeito do controle de políticas públicas, bem como sobre o que considero ser um problema da sua abordagem, a marginalização da discussão sobre os limites da discricionariedade judicial. Algumas conclusões, parciais mas necessárias para a continuidade do meu argumento, foram extraídas: (1) formou-se um novo senso comum teórico no campo de estudo da judicialização de políticas públicas, que entende ser possível lidar com a questão valendo-se de princípios e valores situados na fronteira entre o moral e o jurídico, positivados implícita ou explicitamente na Constituição; (2) há alguma coisa de arbitrário nessa aposta, pois o nível de preocupação do novo senso comum com a descrição desses princípios e valores não é observado com o problema correlato da discricionariedade judicial; (3) a ausência de preocupação com os limites do agir discricionário dos juízes impede que o novo senso comum atinja o intento de superar o paradigma do positivismo, cujo maior representante, Hans Kelsen, apresentou uma conhecida visão fatalista do problema, considerando-o, em face da inerente indeterminação do Direito, não apenas inevitável como insindicável juridicamente.

1.2 Princípio, políticas e poder discricionário: *o debate Hart x Dworkin*

Há, evidentemente, importantes distinções entre as atividades de julgar e legislar. E não me refiro aqui à discussão sobre se o juiz cria ou não o Direito. Assumo que o cria, sim. Em uma dimensão muito mais limitada do que o legislador, mas o faz. Restam, porém, outras relevantes diferenciações entre essas atividades, as quais foram muito bem tratadas na abordagem que delas fez Celso Fernandes Campilongo.⁵³ Valho-me, portanto, do texto de Campilongo para tratar brevemente da temática, como passo necessário para adentrarmos o ponto que pretendo desenvolver neste capítulo.

O autor parte do pressuposto de que, no Direito, os processos decisórios podem ser programantes e programados. A atividade legislativa produz decisões programantes,

⁵³ A toda evidência, porém, a descrição de Campilongo agrega algum grau de prescrição, pois o que ele constrói é um *arranjo ideal* de competências entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Também por isso, é interessante trazer a visão do autor aqui, porquanto serve para ilustrar não só os aspectos que *são de determinada forma*, mas também *como deveriam ser* quando, na prática, não se revelam do modo como o modelo os descreve (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101-119).

porquanto atua em um contexto de alta complexidade e contingência e possui elevada capacidade cognitiva, de modo que sua relação com o conflito político é quase imediata. A atividade judicial, por outro lado, produz decisões programadas. Atua em um contexto de complexidade e contingência reduzido em função da positivação do Direito. Assim, mesmo que se considerem as modernas técnicas de coletivização de demandas, o espaço de inclusão de atores no debate judicial é mais limitado e inclusivo do que o debate próprio do conflito político. As referências cognitivas do juiz são limitadas àquilo que lhe reservam as decisões programantes, de maneira que sua relação com o conflito político é retardada.⁵⁴

O legislador controla a própria agenda decisória, tendo iniciativa em relação a ela e, portanto, selecionando os temas sobre os quais deseja decidir. O julgador, por sua vez, não tem controle algum sobre as causas que lhe chegam, sendo isso, aliás, condição para sua imparcialidade. Ademais, o legislador, via de regra, está submetido a critérios de justificação de suas decisões distintos daqueles a que se submete o juiz, prestando contas de suas opções ao eleitorado e fundamentando seus atos segundo o código governo/oposição. Os cidadãos, desse modo, podem sancionar seus erros com a reprovação nas urnas. Por isso, as referências do Poder Legislativo são culturais e tendentes à homogeneização de acordo com os padrões de opinião pública. Bem diversamente disso, o juiz encontra a consistência de seus atos decisórios no ordenamento jurídico e os justifica com provas e argumentos processados segundo o código direito/não direito. Os atos do Poder Judiciário não são, via de regra, institucionalmente sancionáveis (a não ser limitada e endogenamente, por meio do sistema recursal), sendo suas referências eminentemente legais.⁵⁵

O exercício da magistratura tem finalidades bem mais limitadas do que aquelas tradicionalmente perseguidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Estes atuam com escopos globais, tomando decisões passíveis de constantes correções e ajustes. “O *staff* que assessora os corpos legislativos e administrativos é bastante amplo e profissionalmente diferenciado. As pressões de *lobbies*, movimentos sociais e grupos de 'advocacia' de interesses públicos junto ao sistema político [...] são vistos como legítimos”. Em relação ao Poder Judiciário, porém, toda a pressão exercida sobre seus membros – à margem do direito de ação das partes processuais – é vista como ilegítima, sendo censurada pela deontologia e códigos de ética dos magistrados e demais profissões jurídicas. Os juízes trabalham então com as

54 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

55 Ibidem, p. 104-105.

referências de sua formação generalista, valendo-se, em questões mais específicas, de peritos capazes de auxiliá-los na prova. A visão desse Poder é, portanto, casuística, descontínua e fragmentária. Emite decisões isoladas e, ainda que esteja orientado para as consequências dos pronunciamentos jurisdicionais,⁵⁶ não pode controlar o impacto de suas medidas. Na literalidade do pensamento de Campilongo: “[...] o sistema jurídico trabalha com informações e ferramentas menos imponentes e menos numerosas, se não absolutamente inadequadas, para iniciar, corrigir ou interromper políticas públicas”. O autor se apressa, porém, em temperar essa assertiva: “A magistratura pode, e isso não é pouco, bloquear e suspender a execução de programas de governo considerados ilegais. Certamente, isso tem consequências políticas importantes. Mas nada que se compare à tomada de decisões programantes”.⁵⁷ A questão fundamental, como adiantada no capítulo anterior, é estabelecer os limites e possibilidades da atuação dos juízes quando em discussão políticas públicas.

Ainda assim, é difícil negar que os juízes exerçam uma importante parcela de poder político. Mas em que sentido? Ronald Dworkin tem uma interessante teoria sobre o assunto. Para ele,⁵⁸ os magistrados devem adotar “apenas as convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade”. Evidentemente, haverá discordâncias entre juristas razoáveis sobre se determinada interpretação figurará ou não nessa interpretação geral. Daí a necessidade de os juízes observarem a “integridade do Direito”, conceito fundamental na tese de Dworkin sobre a discricionariedade que abordarei em momento oportuno. Porém, embora muitas convicções diferentes possam passar, pelo menos a uma primeira vista, por esse teste interpretativo, haverá algumas que devem ser rechaçadas de um modo indubitável. Para Dworkin, um juiz detentor de convicções religiosas excêntricas não poderia impô-las à comunidade com o título de Direito, por mais nobres e iluminadas que acredite que sejam. Isso porque, se o fizesse, estaria desrespeitando a necessidade de que sua interpretação seja coerente com aquela interpretação geral do Direito e da política da comunidade em que está inserido.

É, efetivamente, um ponto importante na teoria dworkiniana sobre a discricionariedade judicial a indagação sobre se o Poder Judiciário pode se valer de

56 Neste trabalho, mais adiante, defenderei que efetivamente esteja, tendo por base o consequentialismo na teoria maccormickiana.

57 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105-106.

58 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

fundamentos políticos, entendidos estes não como os que certos partidos ou grupos políticos desejariam, mas como fundamentos de moralidade política que podem ser tido como corretos. Para deixar mais claro o pensamento de Dworkin acerca desse ponto, parece bem transcrevê-lo na sua literalidade:⁵⁹

[...] Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outro.

Segundo Dworkin, os juízes podem legitimamente utilizar os seguintes padrões para julgar: regras, princípios e políticas. Essas últimas, porém, são as mais controvertidas no seu pensamento. Ele acredita que os juízes devem evitá-las, dando preferência, pois, a julgamentos por princípios ou por regras, mas não nega que às vezes delas se utilizem para julgar. Devemos, todavia, ter muito claro que o conceito de “argumentos de política”, em Dworkin, aproxima-se do de “argumentos de política pública”,⁶⁰ sendo, portanto, muito diferente de “argumentos de política partidária” ou de qualquer outro sectarismo, como ele mesmo referiu no trecho acima destacado e ao longo de suas obras.

O jusfilósofo americano entende que a distinção entre princípios e regras seria de natureza lógica. “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”. A partir daí, temos a frase já clássica de que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”: dados os fatos estipulados pela regra, ou esta é válida e sua resposta deve ser aceita, ou não é válida e, desse modo, em nada contribui para a decisão. Os princípios, por seu turno, aplicam-se diferentemente, pois não possuem consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são satisfeitas. Eles enunciam razões que conduzem o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de decisões que os particularizem. Em um caso em que se revelem *prima facie* cabíveis, em tese, dois ou mais princípios, pode ser que um deles seja aplicado em detrimento do(s) outro(s), o que não significa que este(s) seja(m) inválido(s) ou não pertença(m) ao

59 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3-4.

60 O conceito de política pública para o Direito será tratado mais adiante neste trabalho.

sistema jurídico. Em outras hipóteses fáticas, os princípios preteridos poderão prevalecer. Esses padrões possuem, portanto, uma dimensão de peso ou de importância, que as regras não têm (caso haja conflito entre duas regras, uma delas não poderá ser válida). “Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmar que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção”.⁶¹

A proposta de diferenciação lógica entre regras e princípios feita por Dworkin não é imune a críticas. Há vários autores que pretenderam criticá-la ou aperfeiçoá-la.⁶² Seja como for, essa “distinção lógica” não assume maior importância no contexto do abrangente e complexo pensamento de Dworkin. O intento do autor, segundo o que dele entendo, quando parte para essa breve discriminação de padrões jurídicos, é apenas o de enfatizar que, além do direito posto, das regras, há outros postulados de observância obrigatória pelos juízes que lhes reduzem ou mesmo eliminam a discricionariedade: os princípios e as políticas (estas com algum cuidado, como veremos). Dworkin parece-me claro nesse sentido quando argumenta que o objetivo de seu artigo *Modelo de regras I*⁶³ é lançar um ataque geral contra o positivismo, especialmente o positivismo de Hart, e que, para fundamentá-lo, argumentaria que quando os juízes decidem os casos difíceis, aqueles cujas respostas não são encontradas aprioristicamente no ordenamento jurídico, “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.^{64,65}

61 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39-42.

62 Fiquemos aqui, a título de exemplo, com os textos de Robert Alexy e de Humberto Ávila, para citarmos um autor brasileiro e outro estrangeiro: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

63 Que posteriormente compôs o capítulo 2 do livro *Levando os direitos a sério*.

64 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

65 Essa também é a compreensão de Roberto Freitas Filho: “O sentido da argumentação de Dworkin incorporar os princípios ao direito é o de que os juízes, nas ausência de regras específicas aplicáveis a um determinado caso, têm de julgar com fundamento nos princípios. Embora o argumento de Dworkin seja sujeito a críticas, o seu maior esforço não é endereçado a provar que há uma diferença lógica no processo mental de predicação do sentido dos termos que compõem os princípios e as regras. O seu esforço é, sim, no sentido de combater a idéia de que haja discricionariedade no processo decisório decorrente da falta de regras. Assim, é correto o alerta de Lopes de que a razão de ser da teoria de Dworkin é diversa daquela que obtivera mais repercussão na doutrina pátria: os princípios não ampliam a discricionariedade de julgar, mas a limitam. Mais do que isso, os princípios não facilitam o trabalho de julgar, mas demandam um esforço hermenêutico adicional em relação às regras, na medida em que se espera que o julgador, ao aplicá-los, demonstre o sentido descritivo de uma regra que se extrai do princípio, ou que a ele se adeque” (FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. O caso do *leasing*. Porto Alegre:

Em outra passagem do seu texto, Dworkin expressamente minimiza a importância da distinção lógica entre regras e princípios. Diz ele que “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.⁶⁶ É o que ocorre quando uma lei positiva uma regra utilizando vocábulos como “razoável”, “injusto” ou “negligente”, como ocorreria com uma lei que disciplinasse que toda restrição ao livre comércio deve ser exercida de forma *razoável*, sob pena de nulidade. Do ponto de vista lógico, ela pode efetivamente funcionar como uma regra (sempre que um juiz verificar uma restrição não razoável ao comércio, deve declará-la nula), mas do ponto de vista substantivo, opera como um princípio, pois um juiz tem de considerar um conjunto de padrões formatados logicamente como princípios para aferir se uma restrição particular ao livre comércio, em determinadas circunstâncias econômicas, é ou não razoável.⁶⁷

Para além dos padrões regra e princípio, ainda há na teoria dworkiniana a figura controvertida do argumento com base no padrão política, como adiantado. Dworkin refere-se às políticas como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.⁶⁸ Diferenciam-se obviamente das regras, mas também dos princípios, os quais se apartariam das políticas por serem um tipo de padrão “que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, de acordo com o autor, “o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio”.

Dworkin postula, sim, que os juízes devem julgar, à míngua de regras

Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 224-226).

66 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 44.

67 Esse exemplo é utilizado por Dworkin no contexto de julgamentos proferidos pela Suprema Corte americana (*Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, 60, 1911; *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180, 1911). Depois de tratar dos precedentes, assim arremata: “Palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’ e ‘significativo’ desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que a regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra”. Vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 45.

68 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

aplicáveis ao caso concreto, preferencialmente por princípios.⁶⁹ Não nega, porém, que também se valem de argumentos de política.⁷⁰ Essa diferenciação dworkiniana entre princípios e políticas também foi alvo de críticas. Para Santiago Nino, as objeções a ela incluem assertivas como: “a distinção entre princípios e políticas é muito menos clara do que Dworkin parece supor”; “é totalmente ilusório pensar que, de fato, os juízes não levam em conta em suas decisões considerações sobre políticas [...]”; “e que é ilógico pretender que os juízes se limitem a decidir com base em princípios”.⁷¹

Uma forte crítica a essa distinção entre princípios e políticas em Dworkin veio de MacCormick,⁷² para quem adotá-la – essa distinção de Dworkin – “seria uma excentricidade singular [...], pois fazê-lo de modo constante tornaria indizíveis todos os tipos de frases que são perfeitamente dizíveis no contexto do emprego usual de advogados, filósofos e naturalmente leigos”.⁷³ O ponto é que Dworkin estaria na contramão de toda a tradição linguística ao empregar essas categorias de tal modo. Assim, correríamos riscos de causarmos uma desnecessária confusão se resolvêssemos tentar defender que os juízes só poderiam julgar por princípios e não por políticas. Esses padrões, segundo MacCormick, seriam utilizados de forma indiscriminada no cotidiano dos operadores e teóricos do Direito, sendo ambos aceitos e, na maioria das vezes, chamados de “princípios”, de modo que não se alcançariam avanços ao tentar distingui-los da forma como Dworkin o faz.

69 Essa preferência por princípios pode ser ilustrada com o seguinte trecho do texto de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 131-132): “Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas. [...] Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas. É evidente que essa tese precisa de muita elaboração, mas podemos observar que certos argumentos da teoria política e da teoria do direito a apóiam, inclusive em sua forma abstrata. Estes argumentos não são decisivos, mas têm força suficiente para sugerir a importância da tese e justificar a atenção que será necessária para dar-lhes uma formulação mais cuidadosa”.

70 Relembre-se aqui que esses argumentos de política equivalem a argumentos de política pública, e não de política partidária, sindical, religiosa etc. Em várias passagens de sua obra, Dworkin admite a consideração do padrão política nas decisões judiciais. Exemplificativamente: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41, 42, 45, 57, 61 e 170.

71 NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 512.

72 MacCormick, no início de sua produção acadêmica (*Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978), tinha um pensamento mais próximo a Hart e, por isso, mais crítico a Dworkin. Com o passar do tempo (*Rhetoric and the Rule of Law*, 2005), distanciou-se de Hart e acabou aceitando parte significativa da teoria de Dworkin, confessando essa mudança de rota. Seja como for, penso que as críticas que fez à distinção dworkiniana princípios/políticas subsistiram no seu pensamento. Confira-se, a propósito: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 160.

73 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 338.

MacCormick vale-se da expressão “princípio” para designar “uma norma geral à qual [do ponto de vista da pessoa que a aceita] é desejável aderir e que, desse modo, possui efeito explanatório e justificatório em relação a decisões particulares ou regras particulares de tomada de decisão”. Os princípios, para ele, podem ser bem variados em suas modalidades, de modo que, em muitos casos, o que seriam “políticas”, para Dworkin, entrariam na sua categoria de “princípios”. Um bom exemplo descrito pelo próprio MacCormick é o que chama de “princípio de que a segurança do Estado deve ser protegida em detrimento de direitos particulares”. De acordo com MacCormick, esse princípio seria firmemente rejeitado como tal por Dworkin, que o incluiria no padrão “política”, pois “diz respeito a um 'objetivo coletivo' que tem um caráter nitidamente não distribucional”.⁷⁴ O exemplo me parece aplicável ao *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, consolidado pela doutrina e jurisprudência brasileiras precisamente como um princípio. Esse padrão jurídico se aproxima muito do princípio da segurança do Estado, descrito por MacCormick. Receberia, portanto, possíveis críticas de Dworkin, que provavelmente o consideraria uma política.

Enfim, concordo com Neil MacCormick. Há, ao fim de sua exposição, um argumento adicional que para mim é decisivo. Trata-se da circunstância de que quando nos perguntamos, no Direito ou em qualquer outra esfera de atuação prática, se determinada política é desejável, no fundo estamos diante de uma questão de princípio. Pela relevância desse ponto, permito-me transcrever a literalidade do seu texto:⁷⁵

[...] Para qualquer meta *m*, afirmar que se trata de uma meta que *deveria* ser garantida corresponde a enunciar um princípio ou um julgamento dependente de algum princípio pressuposto ou não enunciado. Por esse motivo, as esferas do princípio e da política não são distintas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas [...]. Expressar a conveniência de alguma meta geral de política é enunciar um princípio. Enunciar um princípio é estruturar uma possível meta política. Faz portanto total sentido (e corresponde à verdade) dizer tanto que os tribunais britânicos têm uma política permanente de garantir a imparcialidade em determinações judiciais e quase judiciais de todos os tipos, como que os princípios da justiça natural são princípios importantes do direito inglês e escocês.

Acredito, aliás, que o próprio Dworkin, quando anos mais tarde tornou a escrever sobre a temática, apresentou uma postura próxima a essa de MacCormick. Fê-lo por ocasião da publicação de artigo intitulado *Princípio, política, processo* (1981), o qual veio,

74 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 338-341.

75 Ibidem, p. 343.

posteriormente, a figurar como o *capítulo 3* de sua obra *Uma questão de princípio*. Dworkin referiu ali que sua teoria a respeito dos argumentos de política e de princípio possui dois aspectos, um normativo e outro descritivo. Este se relaciona com o que os juízes normalmente fazem, isto é, *julgam por princípios*; aquele se volta para o que eles *deveriam* fazer, ou seja, *julgar por princípios*. Mas o autor se propôs a ser mais claro nessa oportunidade, talvez como reação às críticas dirigidas a sua primeira exposição acerca do assunto, resolvendo então explicar melhor essa “preferência” por argumentos de princípio.

Dworkin passou, assim, a afirmar que “o aspecto normativo [de sua teoria] sustenta que seria errado os juízes decidirem ações civis com base em fundamentos de política”, mas alerta que “essa é uma afirmação sobre a decisão final de um caso”.⁷⁶ Isso quer dizer que esse aspecto exige que um juiz só conceda, por exemplo, indenização a um demandante se estiver convencido de que ele tem *direito* a tal reparação. Não seria suficiente acreditar que estaria meramente atendendo ao interesse público com essa conduta. Mas a formação de sua opinião no sentido de que o autor da ação possui o *direito* de ser indenizado pode, sim, passar por considerações de política, como, para Dworkin, o são as considerações sobre o interesse público. Em suma, é perfeitamente possível que um magistrado se valha de argumentos de política para fundamentar sua decisão, desde que, a partir destes, extraia um legítimo *direito jurídico*. Porém, como os direitos, no pensamento dworkiniano, são originados de princípios, fica evidente a existência de uma certa simbiose entre argumentos de princípio e de política.⁷⁷ Para o jusfilósofo, portanto, o que definitivamente não pode ocorrer é um julgamento fundamentado *apenas* em “argumentos de política puros”, como referiu textualmente.⁷⁸

76 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112.

77 As considerações de Santiago Nino convergem para esse entendimento. Acredito que elas foram feitas tendo como base a primeira exposição de Dworkin sobre princípios e políticas (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 513): “Se essa distinção pudesse ser definida com mais precisão, talvez pudesse ser incorporada a uma teoria sobre a administração da justiça que não fosse vulnerável às objeções que merece a concepção de Dworkin. Talvez o que se deveria exigir não é que os juízes se abstenham de toda consideração acerca de políticas sobre objetivos coletivos e que os princípios a que recorrem permitam justificar todas as normas do sistema, e, sim, que as políticas, mas não os princípios, que os juízes devem considerar em suas decisões devem ser necessariamente inferidas das finalidades que buscam os outros poderes do Estado ao estabelecer as normas do sistema. Os juízes não podem ignorar os objetivos sociais coletivos, mas devem se ater aos que estão legitimados pelos órgãos que gozam de representatividade democrática. Em contrapartida, não podem renunciar, com base em argumentos de autoridade, a sua responsabilidade moral de decidir em virtude de princípios que consideram válidos. Essa é a única forma de cumprir com seu papel de intermediários entre a coação e a justiça”.

78 Confira-se, em nome da clareza do texto, a literalidade do pensamento de Dworkin: “Ainda assim, a força

Da mesma maneira, o aspecto descritivo da teoria da distinção entre princípios e políticas mereceu de Dworkin a assertiva de que “diz respeito à decisão final das ações judiciais”, ou seja, à conclusão a que chegará o responsável pelo ato decisório. É, portanto, condição de decidibilidade a existência de um direito, mas não significa que se chegue a ele única e exclusivamente por meio de princípios. Conforme o autor, quando é dito que os juízes decidem causas antes por princípios do que por políticas, está-se afirmando que os decisores só julgarão a favor de uma das partes se estiverem convencidos de que ela possui um *direito* a amparar sua postulação. Entretanto, isso, novamente, não implica afirmação alguma sobre o *modo* como o juiz chegou a essa decisão, sobre a formatação da fundamentação decisória. Dworkin não defende que os julgadores nunca levem em conta as consequências sociais ao firmarem a regra de decisão, de forma que não constitui argumento contrário a seu pensamento o fato de os magistrados considerarem o *interesse público*, por exemplo, para decidir.⁷⁹

Feita essa necessária digressão, é possível retomar o problema da discricionariedade judicial. É para afirmar que os juízes não a possuem, pelo menos não em um sentido forte,⁸⁰ que Dworkin fala tão intensamente em princípios e políticas como padrões integrantes do Direito. Como referi, o próprio autor enuncia expressamente que o seu objetivo, com essa argumentação, é opor-se ao positivismo de Hart. Os dois jusfilósofos

normativa de minha afirmação seria, como certeza, diminuída – ou mesmo desapareceria – se os juízes estivessem autorizados a decidir questões processuais com base no que podemos chamar de argumentos de política puros. Se tivessem permissão, por exemplo, de decidir exigir ou não que a NSPCC forneça os nomes dos informantes simplesmente confrontando a perda potencial para os queixosos com os ganhos potenciais para as crianças num cálculo de custo-benefício padrão. Pois isso converteria a afirmação orgulhosa de que a sociedade honra reivindicações feitas em nome de direitos, mesmo à custa do bem-estar geral, em um gesto vazio, facilmente anulado pela recusa dos processos necessários para a garantia do exercício desses direitos sem nenhum motivo melhor que esse mesmo interesse público. Assim, aqueles que se orgulham dessa manifestação orgulhosa têm motivo para verificar se é possível encontrar algum meio-termo entre a ideia inexecutável da máxima exatidão e a negação resignada de todos os direitos processuais”. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112).

⁷⁹ Aqui, mais uma vez, parece interessante que recorramos às exatas palavras de Dworkin: “[...] Assim, não constitui um exemplo contrário à minha afirmação quando os juízes consideram o interesse do público ao decidir se uma organização de proteção a crianças ou um ramo da imprensa deve revelar informações que têm relação com a decisão à sua frente. Mas, outra vez, minhas afirmações descritivas seriam ameaçadas por qualquer concessão de que essas decisões, com frequência, não passavam de questões de política, isto é, que muitas vezes foram tomadas apenas por um cálculo utilitarista de rotina, confrontando-se o dano para a posição financeira de algum litigante contra os ganhos para a sociedade em geral no caso de alguma regra excludente. [...] Assim, qualquer um que pense, como eu, que a prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio, e que essa é uma importante afirmação tanto em termos normativos como teóricos, tem um interesse especial em saber se é possível encontrar um meio-termo entre as afirmações exageradas e as niilistas sobre os direitos que as pessoas têm a processos no tribunal. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 113-114).

⁸⁰ Adiante descrito.

protagonizaram, durante a segunda metade do século XX, um dos mais conhecidos debates sobre os limites do positivismo jurídico. Esse confronto de ideias é muito rico, possuindo diversas vertentes e impulsionando um variado número de discussões jurídico-filosóficas.⁸¹ Tratarei aqui de apenas um aspecto da contenda: precisamente a problemática da discricionariedade dos juízes.

Herbert Hart sustenta que não apenas no campo das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite para a orientação que a linguagem em geral pode oferecer, limite esse inerente à própria natureza da linguagem. Para ele, embora certa a existência de casos claros, aos quais as fórmulas linguísticas gerais são nitidamente aplicáveis (“o automóvel é um veículo”), há casos nos quais não se pode precisar, de modo *prima facie*, se elas se aplicam ou não (“a expressão ‘veículo’ inclui bicicletas ou patins?”). Essa relativa indeterminação é inexorável em face das situações de fato que são criadas continuamente, seja pela inventividade humana, seja pela natureza. E os “cânones de interpretação” não podem eliminar essas incertezas, porquanto estes também se constituem em normas gerais para o uso da linguagem, demandando, eles próprios, atividade interpretativa para a fixação de seu sentido.⁸²

Assim, apesar dessa “textura aberta” da linguagem e, conseqüentemente, do Direito, existem *casos simples ou claros*, aqueles cujos termos gerais não parecem carecer de interpretação, pois são “familiares”, reaparecendo continuamente em contextos semelhantes. Há, nesses casos, um juízo consensual quanto à aplicabilidade de seus termos. A propósito, “os termos gerais seriam inúteis como meio de comunicação se não houvesse esses casos familiares, geralmente incontroversos”. Em oposição aos *casos simples ou claros* estão os *casos difíceis*, nos quais há como que uma “crise na comunicação”, existindo, pois, razões tanto a favor quanto contra o emprego de um termo geral, sem que se possa contar com uma

81 Como alerta Shapiro, é tarefa difícil a caracterização do objeto de debates filosóficos de um modo geral. Comumente, eles não tratam de apenas um tema. E o debate Hart-Dworkin não é diferente: “[...] philosophical debates are hard to characterize because, unlike formal debates, they are not usually about just one issue. In philosophy, everything is ultimately connected to everything else, and hence philosophical controversies tend to range over many different, though in-the-end related, questions. Thus, the Hart-Dworkin debate concerns such disparate issues as the existence of judicial discretion, the role of policy in adjudication, the ontological foundations of rules, the possibility of descriptive jurisprudence, the function of law, the objectivity of value, the vagueness of concepts, and the nature of legal inference.” (SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A short guide for the perplexed*. University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 77, 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 27.3.2013).

82 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

convenção firme que determine seu uso. Nessas hipóteses, o indivíduo responsável por dirimir a questão deverá realizar uma escolha entre alternativas abertas, e a linguagem em que a norma se expressa não lhe fornecerá senão uma orientação incerta para a realização da tarefa. “Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha”.⁸³

Em suma, a despeito de existirem padrões jurídicos muito gerais, há exemplos claros, indiscutíveis daquilo que os satisfaz ou não. Hart⁸⁴ exemplifica com as normas que preveem expressões como “tarifa razoável” ou “condição segura de trabalho”. Os casos extremos de (ir)razoabilidade ou (in)segurança serão identificáveis *ab initio*. Em uma extremidade do variado conjunto de casos, haverá, por exemplo, “uma tarifa tão alta que deixaria o público refém de um serviço indispensável, proporcionando ao mesmo tempo lucros exorbitantes aos empresários; na outra extremidade, haverá uma tarifa tão baixa que não incentive a operação de uma empresa”. Os *casos difíceis* situam-se entre esses dois extremos, de modo que sua resolução demandará o enfrentamento de uma zona de incerteza e imprecisão acerca do que constituem “tarifas justas” ou “condições seguras de trabalho”, o que será dirimido por uma decisão oficial posterior. Hart sintetiza seu pensamento desta maneira:⁸⁵

Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*, e não por uma resolução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes.

[...] Nesse ponto, a lei pode lançar mão de juízos comuns sobre o que é “razoável”. Essa técnica delega aos indivíduos, sem prejuízo da ação corretiva por parte do tribunal, a tarefa de apreciar as exigências sociais que surgem de formas imprevisíveis e de encontrar um equilíbrio razoável entre elas. Nesse caso, exige-se que obedeçam a um padrão variável *antes* que ele tenha sido oficialmente definido, e pode ocorrer que só *ex post facto* o tribunal os informe de que violaram um padrão cujo cumprimento lhes era exigido em matéria de atos ou abstenções específicos. Quando as decisões do tribunal são consideradas precedentes, sua especificação do padrão variável se assemelha muito ao exercício do poder de fixar normas outorgando a um órgão administrativo, embora haja também diferenças óbvias.

83 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164-165.

84 Ibidem, p. 170-171.

85 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 171.

O positivismo de Hart, como podemos perceber, é moderado. Ele pretende construir uma teoria do Direito que funcione como uma espécie de alternativa entre um formalismo e um ceticismo em relação às normas, de modo que o decisor deve exercer seu juízo discricionário apenas na “zona de penumbra” da norma, não podendo fazê-lo no núcleo incontestável de sentido.⁸⁶ Mas, muito embora não seja um pensamento tão fatalista quanto o de Kelsen, para quem, como visto, a discricionariedade judicial era inevitável sempre, porquanto não deveria ser preocupação do Direito sindicá-la (a discussão se daria no âmbito da moral ou da política), há problemas evidentes na teoria de Hart. Apenas para referir dois deles: o juiz não agiria de modo diverso do legislador nos casos difíceis, do que decorreriam importantes controvérsias acerca de sua legitimidade; pior do que isso, o juiz se transformaria, nessas circunstâncias, em um “legislador retroativo”, atentando contra um dos pilares do Estado de Direito: o princípio da legalidade, positivado, no Brasil, pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

Em face dessas inconsistências da teoria hartiana, exsurge o ataque de Dworkin, propondo-se a negar a discricionariedade dos positivistas.⁸⁷ Ele divide o poder discricionário em dois sentidos, um forte e outro fraco, esse último comportando uma subdivisão. O primeiro sentido fraco de discricionariedade relaciona-se aos casos em que, por alguma razão, os padrões a que uma autoridade deve obedecer não podem ser aplicados

86 A leitura de MacCormick sobre esse ponto da teoria de Hart é interessante. Vale a pena transcrever um excerto dela: “[...] a distinção hartiana entre o 'núcleo de certeza' de uma regra e a sua 'penumbra de dúvida' não é, de forma alguma, um 'dado' inerte e invariável que surge das propriedades puramente linguísticas das regras formuladas na linguagem jurídica ordinária. A possibilidade de ambiguidade nas regras é um *recurso* disponível à juíza, que pode às vezes ter razões para comprimir o 'núcleo' até o mínimo absoluto indistinguível e inevitável. Entretanto, em outros momentos e em outros contextos, essa mesma juíza (ou outra) pode ter razões para se valer de uma leitura ampla e liberal da regra, de modo a englobar questões até em sua penumbra mais remota”. (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 173).

87 De acordo com Dworkin, “os positivistas extraíram seu conceito de poder discricionário da linguagem ordinária. Para compreendê-lo, devemos, por um momento, colocá-lo de volta no seu *habitat*. O que significa dizer, na vida cotidiana, que alguém tem 'um poder discricionário'? A primeira coisa a notar é que o conceito está sempre deslocado, exceto em contextos muito especiais. Por exemplo: você não diria que ou eu tenho ou eu não tenho o poder discricionário de escolher uma casa para a minha família. Não seria verdade afirmar que eu não tenho 'nenhum poder discricionário' para fazer tal escolha e, ainda assim, seria igualmente enganoso afirmar que tenho. *O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. [...] Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: 'poder discricionário de acordo com que padrões?' ou 'poder discricionário com relação a qual autoridade?'. Em geral, a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro.* (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50 e 51, grifei).

mecanicamente, exigindo capacidade de julgar. “Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação”. É o caso, por exemplo, de um tenente que ordena ao seu sargento que leve a uma missão seus cinco homens mais experientes. Haverá divergências razoáveis sobre quem são esses cinco *mais experientes*. O sargento deverá exercitar aí sua capacidade de julgar, levando em conta, evidentemente, a natureza da missão a ser desenvolvida para concluir que tipo de experiência ela demanda.⁸⁸

Um segundo sentido fraco de discricionariedade é utilizado para designar a circunstância de uma autoridade possuir a prerrogativa de tomar uma decisão em última instância, de forma que não possa ser revista ou revogada por nenhuma outra autoridade. “Falamos dessa maneira quando o funcionário faz parte de uma hierarquia de servidores, estruturada de tal modo que alguns têm maior autoridade, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para os diferentes tipos de decisão”. Isso ocorreria se a ordem do tenente não pudesse ser revista por autoridade militar alguma, porquanto apenas ele possuiria a potestade de emitir a ordem ao sargento, para ficarmos no exemplo acima.⁸⁹

A discricionariedade em sentido fraco, nas suas duas subdivisões, é aceita por Dworkin.⁹⁰ O seu combate volta-se contra o poder discricionário em sentido forte, que alega ser defendido pelos positivistas em geral, mesmo pelos moderados, como Herbert Hart. Nesse sentido forte, quando alguém afirma que determinado servidor público tem, em algum assunto, discricionariedade, está querendo dizer que o servidor não está limitado por qualquer padrão de autoridade quando tiver de deliberar sobre o assunto.⁹¹ Seguindo o exemplo descrito, o sargento que pudesse escolher *quaisquer* cinco homens para a missão designada teria poder discricionário em sentido forte. Porém, é preciso não confundir o sentido forte de discricionariedade com “licenciosidade”, pois isso afastaria qualquer possibilidade de crítica à conduta de quem age discricionariamente. Dworkin é textual ao consignar que “quase todas as situações nas quais uma pessoa age [...] tornam relevantes certos padrões de racionalidade,

88 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51.

89 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51-52.

90 E também por este trabalho, como ficará claro ao longo da exposição.

91 “Às vezes usamos ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 52).

equidade e eficácia”, de modo que “podemos dizer do sargento ao qual se atribui o poder discricionário (no sentido forte) para selecionar uma patrulha, que ele o usou de maneira estúpida, mal-intencionada ou negligente”.⁹² A decisão originada de um poder discricionário em sentido forte, portanto, é aquela que não pode ser *controlada* por um padrão formulado por uma autoridade, o que não lhe garante, todavia, imunidade de crítica.

Para Dworkin, não há, no Direito, uma situação equivalente a essa em que o sargento escolhe *quaisquer* cinco homens para uma missão. Sempre existiriam princípios e políticas⁹³ que balizariam o seu atuar, limitando-o.⁹⁴ Os juízes, portanto, nunca devem exercer, mesmo nos casos difíceis, uma “discricionariedade no vazio”, como se pudessem “escolher” livremente a possibilidade interpretativa do material jurídico que melhor satisfizesse o seu senso pessoal de justiça, como defende Herbert Hart. Dworkin constrói uma ilustração interessante para explicar essa ausência de discricionariedade forte no Direito, trabalhando com o que fica implícito quando alguém (um juiz, por exemplo) afirma que uma determinada regra é obrigatória. Nesse caso, o juiz pode estar sustentando que a regra é amparada por princípios que o Poder Judiciário não tem a liberdade de desconsiderar, os quais são mais importantes do que outros princípios que militem a favor, por exemplo, da inconstitucionalidade da regra. Ele pode também sugerir que qualquer superação da regra é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo ou o do respeito aos precedentes, princípios que não poderiam ser ignorados por qualquer decisor. Em qualquer dessas linhas de inferência, o juiz “trata um corpo de princípios e políticas como leis, no mesmo sentido em que regras são leis; trata os princípios e políticas como padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas”.⁹⁵

92 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 53.

93 Doravante, utilizarei indiscriminadamente a expressão “princípio” para designar qualquer padrão jurídico que não seja uma regra, na linha do que faz MacCormick, como salientado acima.

94 Na boa síntese de Rafael Tomaz de Oliveira: “[...] Dworkin critica duramente o *poder discricionário* que Hart atribui aos juízes para resolver os *casos difíceis*, a partir do qual estariam eles aptos a *criar* direito novo em vez de aplicar meramente o direito estabelecido e preexistente. Ele critica a construção de uma *imagem* do direito pelo positivismo hartiano que o coloca como parcialmente indeterminado e incompleto. Para Dworkin essa concepção é enganadora visto que o que é incompleto não é o direito, mas a *imagem que dele produz o positivismo jurídico*. Nessa medida, tem-se por rejeitada também a ideia de ‘delegação’ ao juiz para o preenchimento das lacunas nos *casos difíceis* através do exercício de um *poder discricionário*”. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 176).

95 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 61.

A resposta de Hart veio em um pós-escrito ao seu *The Concept of Law* publicado postumamente (1994) e organizado por Penelope Bulloch e Joseph Raz, cujo sexto capítulo é aberto com a seguinte assertiva:

O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, [...] mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente.⁹⁶

Hart, nesse pós-escrito,⁹⁷ descreve o que entende como sendo o ataque que lhe fez Dworkin. Para Hart, Dworkin considera que o Direito não é incompleto, mas incompleta é a imagem que dele fazem os positivistas, e isso teria ficado claro quando Dworkin, na sua avaliação interpretativa do Direito, inclui, além das regras explícitas, princípios jurídicos implícitos, que seriam aqueles que melhor se adequariam ao Direito explícito, oferecendo ao mesmo tempo a sua melhor justificativa moral. Os tribunais, de acordo com a visão de Hart sobre a teoria dworkiniana, deveriam apelar a esses princípios implícitos, com suas dimensões morais, nos casos difíceis, quando as fontes sociais do Direito não forem suficientes para determinar uma decisão. Essa interpretação de Hart do pensamento de Dworkin acerca da

96 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351. Impende referir aqui que há uma versão alternativa do parágrafo que inaugura o capítulo sexto do pós-escrito, encontrado depois da morte de Hart e aparentemente por ele não descartado, embora estivesse incompleto. Eis o seu teor (*ibid.*, p. 391-392): “Ao longo da extensa série de seus escritos sobre a decisão judicial, Dworkin manteve-se inabalável em negar que os tribunais tenham discricionariedade, no sentido de um poder de criar o direito, para decidir causas que o direito existente não regulamenta de forma completa. Com efeito, ele sustentou que, com algumas exceções triviais, tais causas simplesmente não existem, tendo dito, numa frase famosa, que há sempre uma única ‘resposta correta’ para qualquer questão significativa a respeito do que é o direito, em qualquer problema de direito que possa surgir em qualquer caso. Mas, não obstante essa aparência de doutrina imutável, a introdução posterior por Dworkin de ideias interpretativas em sua teoria do direito, e sua declaração de que todas as proposições de direito são ‘interpretativas’, no sentido especial que ele deu a essa expressão, tornaram (como Raz foi o primeiro a esclarecer) a substância dessa concepção teórica muito próxima da minha ao reconhecer que os tribunais têm de fato exercido uma discricionariedade na criação do direito, e o fazem frequentemente. Pode-se argumentar que, antes da introdução das ideias interpretativas em sua teoria, parecia haver grande distância entre nossos respectivos pontos de vista sobre a decisão judicial; pois a negação anterior por Dworkin da discricionariedade judicial, no sentido forte expressão, e sua insistência em que há sempre uma única resposta correta, eram associadas à ideia de que o papel do juiz na decisão dos casos era *discernir e implementar o direito existente*. Mas essa concepção anterior, que obviamente conflita muito com a minha tese de que os tribunais, ao decidir suas causas, geralmente exercem certa discricionariedade na criação do direito, não figura de maneira nenhuma em”. Nesse ponto termina a versão alternativa do início do capítulo sexto do pós-escrito de Hart.

97 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 352.

discrecionalidade judicial, embora extremamente resumida, parece-me adequada. Considero, porém, equivocada a sua crítica. Vejamos.

Na defesa das ideias que apresentara em *The Concept of Law*, Hart argumenta que o poder que atribuía aos juízes de criar o Direito nos casos difíceis é diferente do desempenhado pelo parlamento. Ele afirma, por ocasião do pós-escrito, que os poderes do juiz estariam sujeitos a muitas limitações que restringiriam sua escolha, mas não explica que limitações seriam essas. Além disso, Hart sustenta que, como essa discrecionalidade do magistrado ocorreria apenas em situações excepcionais, não lhe seria dado utilizá-la para introduzir reformas amplas ou novos códigos jurídicos. “Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas” (restrições essas, porém, não detalhadas por Hart, como referido). O autor é textual, nessa oportunidade, ao referir que, para julgar as causas nas quais o Direito não fornece uma resposta inequívoca, o juiz não pode agir arbitrariamente: “isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”. E arremata seu raciocínio desta forma: “[...] desde que satisfaça essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei [...]”.⁹⁸

Entendo que Hart, com essa linha de pensamento, reafirma sua aceitação da discrecionalidade judicial forte nos casos difíceis. O que significa “agir como um legislador consciencioso que decide segundo suas próprias convicções e valores”? Isso parece indicar uma aposta em alguma forma de sensibilidade ou no sentimento subjetivo de justiça do julgador. Não obstante, prosseguindo na sua explanação sobre o poder discrecional, Hart faz uma crítica aparentemente poderosa a Dworkin. É quando refere – com acerto, a meu ver – que, nas oportunidades em que as leis ou os precedentes são imprecisos ou silenciam a respeito da resolução da causa, os juízes não deixam de lado seus livros de Direito e começam simplesmente a legislar, sem orientação jurídica alguma. “Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificado ou suprido por uma área conexa do direito existente e que remeta a uma resposta definitiva para o problema em questão”. Isso consistiria, para Hart, o cerne da “interpretação construtiva” do Direito proposta por Dworkin. E daí a sua

98 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 352.

contundente crítica:⁹⁹

Mas, embora esse procedimento possa certamente postergar, ele não elimina a oportunidade para a criação judicial do direito. Pois, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes, e o juiz é muitas vezes forçado a optar entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção do que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida que o direito lhe prescreva. A oportunidade para a criação judicial do direito seria não apenas adiada, mas também eliminada, somente se fosse sempre possível encontrar no direito existente, em todos esses casos, um conjunto único de princípios de ordem hierárquica superior que atribuisse pesos ou prioridades relativas a esses princípios conflitantes hierarquicamente subordinados.

Parece-me que essa crítica de Hart, em vez de derruir, confirma a tese dworkiniana. Dworkin não nega a criação judicial do Direito,¹⁰⁰ de modo que não seria antitética ao seu pensamento a circunstância de que a criação judicial do Direito aconteceria de uma forma, como disse Hart, “postergada” nos casos difíceis. Mas dizer que o juiz cria postergadamente o Direito não equivale a afirmar que sua criação é livre. Aí está o ponto principal da controvérsia. O decisor criará o Direito em qualquer caso, não apenas nos difíceis. A nota distintiva destes é a necessidade que impõem de uma mais intensa atividade interpretativa, pois não fornecem uma solução *prima facie*. E essa “mais intensa atividade interpretativa” é aquilo que Dworkin chama de discricionariedade em sentido fraco, mais especificamente, o primeiro sentido fraco descrito aqui, ligado aos casos em que os padrões a que uma autoridade deve obedecer não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo capacidade de julgar (é o exemplo do sargento que, por ordem do tenente, deve levar a uma missão seus cinco homens *mais experientes*). Evidentemente, haverá respostas distintas dadas por juízes diferentes nos casos difíceis, todavia isso não significa arbitrariedade ou liberdade absoluta de decidir.

A diferença, portanto, entre as concepções de Hart e de Dworkin está precisamente no fato de que aquele permaneceu, mesmo quando se propôs a responder às críticas deste no pós-escrito ao *The Concept of Law*, atrelado à teoria do poder discricionário em sentido forte nos casos difíceis, defendendo que o juiz deverá agir como um “legislador consciencioso”, fundado em sua “percepção do que é melhor”. Equivocou-se Hart, então,

99 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 354-355.

100 Isso ficará mais claro quando abordarmos adiante a figura do Direito como um *romance em cadeia*, ideia ligada ao conceito de *integridade jurídica* em Dworkin. Vide, por exemplo: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-242

quando tratou de forma equivalente a criação judicial do Direito e a discricionariedade judicial forte. Para Dworkin, aquela está sempre presente; esta, nunca. Assim, o que Hart tem por “criação judicial do Direito” é, na realidade, o que Dworkin chama de discricionariedade no primeiro sentido fraco. Em suma: capacidade de julgar. E esta, no interior da teoria dworkiniana, não é uma atividade livre, como se o juiz só devesse prestar contas a sua própria consciência. Como vimos, o juiz, para Dworkin, estaria sempre limitado pelos princípios, que impediriam que alçasse uma espécie de voo cego para chegar a uma decisão.

No entanto, parece evidente que dizer apenas isso é insuficiente para superar a crítica de Hart, porquanto os princípios são apenas um guia para a conduta do magistrado, um guia, inclusive, em geral mais indeterminado do que um caminho composto apenas por regras. Mas há, para além dos princípios, outro conceito fundamental à teoria de Dworkin que traduz o seu mais importante balizador da criação judicial do Direito: a *integridade*, a qual será abordada quando formos tratar do dever de *coerência* das decisões judiciais.¹⁰¹

Por fim, faz-se necessária uma palavra sobre a possível contribuição do *debate Hart x Dworkin* para as ideias que vêm sendo propostas pelo novo senso comum teórico dos juristas brasileiros. Depois dessas ilações, parece-me intuitiva essa potencial contribuição. O senso comum teórico descreve o “arsenal dogmático-principiológico” que envolve as discussões sobre a judicialização de políticas públicas, tais como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do mínimo existencial etc., mas não problematiza a questão da discricionariedade judicial. Assim, é como se os princípios fossem padrões que ampliassem a discricionariedade, de modo que o magistrado, no caso concreto, pudesse desconsiderar regras tidas por inconvenientes para então, “ampliando” sua atividade interpretativa, fazer uso dos princípios para a resolução da lide.¹⁰²

101 Dworkin escreveu um texto chamado *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, que integra o capítulo 6 do livro *A justiça de toga* (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010). Nesse texto, embora tenha abordado uma série de questões importantíssimas sobre esse complexo debate com Hart, não cuidou, de um modo mais detido, da específica divergência em relação à discricionariedade judicial. Talvez porque tenha entendido superada a discussão quando elaborara sua engenhosa teoria do *Direito como integridade*, descrita na obra *O império do Direito* (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

102 Michelon faz uma crítica semelhante: “A expressão “princípio jurídico” tem tido uma presença frequente em decisões judiciais e na doutrina brasileiras. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, frequentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado [por Dworkin] como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associada no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar

Bem ao invés disso, o que o confronto entre as teorias hartiana e dworkiniana nos apresenta é, acima de tudo, que o problema da discricionariedade judicial importa. Além disso, esse confronto teórico põe em foco a função os princípios enquanto padrões que podem limitar o agir do decisor, balizando-lhe a exegese. Mas nem Hart nem Dworkin defendem que os princípios devem ampliar a atividade discricionária dos juízes. Para ambos, a discricionariedade é um problema do Direito. Hart tem-na como inevitável na zona de penumbra das normas, sendo impossível controlá-la por meio de princípios. Dworkin, ao contrário, nega-a, pelo menos em seu sentido forte, mesmo nos casos difíceis, precisamente em função da necessidade de os magistrados observarem os princípios enquanto padrões contendedores do arbítrio.

1.3 Os casos difíceis e a relevância do silogismo na interpretação do Direito: há algo além do “as regras aplicam-se por subsunção e os princípios, por ponderação”?

Tornou-se uma espécie de lugar-comum, no campo da produção jurídica pátria, a frase de que “as regras aplicam-se por subsunção e os princípios, por ponderação”. É uma ideia originada, principalmente, da interpretação conjugada das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, apesar da notória diversidade de pensamento entre eles.¹⁰³ Esse – penso que posso dizer assim – *dogma* é defendido recorrentemente por autores brasileiros que influenciam o novo senso comum teórico dos juristas em matéria de controle judicial de políticas públicas. O melhor exemplo é, mais uma vez, Luís Roberto Barroso:¹⁰⁴

dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor. [...] O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas. Ou seja, o que está em jogo é a legitimidade democrática desse arranjo institucional” (MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261 e 262).

¹⁰³Vide, para a diferença entre as concepções desses dois jusfilósofos, o subtítulo 4.3.3, intitulado “O método do juiz Hércules (o direito como integridade) e o procedimento da ponderação: o procedimentalismo alexyano contraposto ao substancialismo de Dworkin”, do livro de Rafael Tomaz de Oliveira: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 208-217.

¹⁰⁴BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.¹⁰⁵

Linhas depois, Barroso complementa essa estrutura teórica afirmando que, “durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito”, subsunção entendida como o exercício do seguinte silogismo: “premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto”. O autor assume que essa forma de raciocínio permanece fundamental para o Direito, mas obtempera: “mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes”. Barroso ilustra seu argumento com um exemplo autoevidente de caso difícil: quando, na situação concreta, entram em disputa os princípios da liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os princípios da proteção à honra, à intimidade e à vida privada, de outro.¹⁰⁶

A insuficiência da atividade de subsunção parece indubitosa nos casos difíceis,¹⁰⁷ os quais, por se situarem em uma zona de incerteza quanto ao exato sentido de

351-352.

105Em sentido semelhante: COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65-77.

106BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 356-357.

107Aqueles em que não encontramos as respectivas respostas em regras de Direito claras, estabelecidas de antemão por alguma instituição com legitimidade para tanto. Ou, como refere Hart, aqueles nos quais existem razões tanto a favor quanto contra o emprego de um termo geral, não havendo uma convenção firme que determine seu uso (HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164-165). Não há, como se pode perceber, uma distinção muito nítida entre casos simples ou fáceis e casos complexos ou difíceis, de modo que nem sempre é possível identificarmos previamente se estamos diante de uma hipótese ou de outra. Há situações que são aparentemente de fácil

suas premissas,¹⁰⁸ demandam uma outra forma de argumentação para sua resolução. Como sustentarei adiante, efetivamente há outra forma de argumentação para os casos em que a subsunção se revela insuficiente. No entanto, defenderei que essa tal “outra forma de argumentação”, diferentemente do que entende Luís Roberto Barroso, não deve consistir em uma ponderação entre princípios, considerada por ele uma “técnica de decisão” utilizável para composição de casos difíceis, técnica essa decomposta em três etapas. Na primeira, segundo Barroso, caberia ao intérprete detectar as normas relevantes para a solução da lide, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, seria necessário o exame dos fatos e circunstâncias do caso concreto e sua interação com os elementos normativos, pois “o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”. No terceiro e último estágio, os diferentes grupos de normas e os fatos, com sua repercussão no caso concreto, seriam examinados conjuntamente, apurando-se os pesos a serem atribuídos a todos esses elementos, chegando-se, assim, ao grupo de normas que preponderaria para a composição do embate. Por fim, o intérprete precisaria ainda decidir o quão intensamente um

resolução, mas que, problematizadas por uma das partes do processo, por exemplo, acabam por se traduzirem em casos difíceis. Sobre esse assunto, tenho a intuição de que assiste razão a MacCormick – que prefere as expressões “caso problemático” e “caso claro” a “caso fácil” e “caso difícil” – quando argumenta: “Definir se um caso é problematizado ou não é uma questão pragmática antes de mais nada. [...] Pragmaticamente, portanto, a resposta à questão ‘O que é um caso-problema’ é simples: é um caso no qual surgiu um problema – e, alguém poderia dizer, esse problema não foi resolvido sumariamente pelo juiz ou juízes envolvidos. Diferenciemos, portanto, entre casos ‘claros’ e casos ‘problemáticos’ em bases pragmáticas. ‘Claro’ é bastante preferível a ‘fácil’, uma vez que muitas áreas do Direito são imensamente complexas – o Direito tributário, parte do Direito das Coisas, o Direito Securitário e assim por diante. Mesmo os casos nos quais nenhum problema jurídico é levantado podem ser formidavelmente complexos em suas concatenações entre fatos e normas envolvidas. É quase um insulto chamá-los de ‘fáceis’ com base apenas no fato de as imensas dificuldades que se apresentam para sua resolução não figurarem no rol dos problemas que são objeto de controvérsia atual entre teóricos do Direito. [...] Casos em que ninguém levantou um problema jurídico porque, dadas as circunstâncias, não existia nenhum problema passível de ser levantado. Textos jurídicos de qualquer tipo possuem uma textura aberta e maior ou menor vagueza, mas isso não consiste em incerteza para qualquer uso. Considerações de justiça ou outras semelhantes podem às vezes sugerir novas interpretações ou desenvolvimentos para velhos princípios, fazendo-os caminhar em uma nova direção. Mas talvez às vezes nem a justiça nem qualquer outro valor possa prevalecer contra o sentido mais óbvio da lei ou dos precedentes e, portanto, não exista qualquer razão para problematizar o Direito. [...] Aqui é suficiente dizer que casos ‘claros’ são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas. Provavelmente, há alguns casos que ninguém poderia problematizar com base em fundamento algum de modo útil a alguma das partes interessadas, mas o fato de ninguém ter problematizado um caso não justifica supor que ninguém poderia fazê-lo. A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 68-69).

108Essas incertezas podem ser de variados tipos. Em relação à premissa menor do silogismo, podem ser quanto à prova de determinado fato; em relação à premissa maior, quanto a qual princípio, em um conflito aparente, prevaleceria no caso concreto, por exemplo. Essas circunstâncias efetivamente envolvem um outro tipo de justificação, para além do raciocínio dedutivo, o que ficará mais claro no decorrer deste capítulo e na segunda parte deste estudo.

grupo de normas prevaleceria sobre o outro, o que deveria ser feito tendo como suporte e balizamento o conhecido “princípio da proporcionalidade”, com seus três subprincípios, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁰⁹

A ponderação entre princípios é alvo de críticas as mais variadas, sendo muitas delas relacionadas com o problema da discricionariedade judicial. Em recente estudo, o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Eros Grau¹¹⁰ desenvolveu uma contundente crítica à ponderação. Segundo o ministro, inexistente no sistema jurídico qualquer regra ou princípio a orientar os decisores a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, de modo que esse procedimento acaba sendo praticado “à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias”. Assim, prossegue Eros, “ou os juízes adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de 'vão cego', na expressão de Rüthers”.

Com o mesmo sentido, temos a investida de outro constitucionalista contemporâneo brasileiro, Lenio Luiz Streck,¹¹¹ argumentando que a ponderação entre princípios foi sendo transformada, no Brasil, em um enunciado performativo, não se referindo, portanto, a algo existente nem a uma ideia qualquer. “A sua simples enunciação já faz 'emergir' a sua significação. Portanto, já 'não pode ser contestado'; não pode sofrer críticas; consta como 'algo dado desde sempre’”. E, dessa forma, “em nome do 'sopesamento entre fins e meios' (a assim denominada 'ponderação') é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da 'ponderação' e suas 'decorrências’”.

109 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 358-360. Essa descrição da ponderação feita por Barroso é, ao que tudo indica, inspirada nos textos do jusfilósofo alemão Robert Alexy, notadamente nos seus conceitos de “lei da colisão” e “máxima da proporcionalidade”. Confirmam-se, exemplificativamente, as páginas 94 a 103 e 116 a 120 de: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Humberto Ávila, em texto seminal, considera a ponderação um “postulado normativo aplicativo”, situado para além das regras e dos princípios: “As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e à função. Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 124-125).

110 GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional. Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

111 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47-48.

Essa polêmica em torno do procedimento da ponderação entre princípios e sua (in)capacidade de dar conta da problemática da discricionariedade judicial não será tratada aqui.¹¹² O enfoque que pretendo dar neste estudo é outro. E diz com o fato de que, mesmo nos casos difíceis, em que o raciocínio subsuntivo se mostra insuficiente, o silogismo jurídico conserva alguma importância. Valho-me, para sustentar esse ponto de vista, das ideias de Neil MacCormick, temperadas pelas críticas expostas por Manuel Atienza.

MacCormick introduz sua teoria da argumentação jurídica deixando clara sua admissão da possibilidade de existirem argumentos dedutivos no Direito, ou seja, aqueles que se desenvolvem por meio de silogismos lógicos (a subsunção da premissa menor à premissa maior acarreta uma conclusão).¹¹³ Os casos simples, em que as premissas não são objeto de alguma controvérsia significativa, podem ser resolvidos, sem maiores lucubrações, por um raciocínio desse tipo, sendo, pois, a sua justificação puramente dedutiva. O autor exemplifica essa tese com o caso *Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard* (1938), cujo objeto fora um litígio envolvendo a responsabilidade por danos ocasionados ao casal *Daniels* pela ingestão de limonada contaminada por ácido carbólico. Quem deveria ser responsabilizado? O fabricante da garrafa de limonada (*R. White & Sons*) ou a vendedora (*Tarbard*)? Os juízes entenderam que os autores não comprovaram o descumprimento do dever de cuidado razoável por parte do fabricante, eximindo-o, portanto, de qualquer responsabilidade. Condenaram, porém, a comerciante por ter vendido um produto que “não era de qualidade própria para comercialização”, conforme dispunha o Direito do Reino Unido.¹¹⁴

Em um longo capítulo de seu texto¹¹⁵, MacCormick faz uma reconstrução dos argumentos que estiveram em jogo nesse precedente, postulando que o caso foi efetivamente resolvido apenas por meio de raciocínio silogístico, cujas premissas estavam muito claras: a sra. *Tarbard* não negou que vendera a garrafa de limonada para *Daniels*; não se tinham

112Fiz considerações sobre essa questão em outro texto: BRUM, Guilherme Valle. O intuicionismo em Rawls, o emotivismo em MacIntyre e a técnica decisória da ponderação entre princípios constitucionais: comentários sobre o caso *Ellwanger*. *Revista Universitas Jus*. Brasília: UniCEUB, v. 23, n. 1, p. 79-93, 2012.

113Na definição dada por MacCormick: “Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as ‘premissas’ da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão. Com isso, o que se quer dizer é que seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão.” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26-27).

114MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-25.

115É o capítulo II, denominado “Justificação por dedução” (Ibidem, p. 23-65).

dúvidas de que, embora a contaminação do líquido fosse imperceptível, ele efetivamente estava misturado a ácido carbólico; finalmente, o artigo 14 (2) do *Sale of Goods Act* (1893)¹¹⁶ é inequívoco ao estipular que, sempre que um comerciante pratique a chamada venda de mercadorias por descrição, existe uma condição implícita de que as mercadorias dessa descrição sejam de qualidade própria para comercialização. Então, a responsabilização da vendedora foi uma mera decorrência lógica dessas premissas.

No entanto, McCormick, na mesma oportunidade, enuncia um limite – pode-se dizer assim – intrínseco ao silogismo jurídico. Diz ele que “a validade lógica de um argumento não garante a veracidade [a justiça, a correção etc.] de sua conclusão”. E se assim o é, “do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas”.¹¹⁷ Ora, mas então será realmente *lógico* o proferimento de uma sentença contra a sra. *Tarbard*? A pergunta é do próprio McCormick.¹¹⁸ E faz muito sentido, pois, dados esses limites próprios ao silogismo jurídico, seria perfeitamente possível que alguém objetasse não ser *lógico* considerar a comerciante culpada, pois ela não pode ser responsabilizada pelo conteúdo de uma garrafa lacrada de limonada, tendo-a assim recebido do fabricante. Essa, aliás, foi a preocupação manifestada pelo juiz *Lewis* ao proferir a sentença contra a sra. *Tarbard*, ocasião em que disse:¹¹⁹

Logo, concluo que essa foi uma venda por descrição, e – *mesmo lamentando até certo ponto, por ser bastante duro para a sra. Tarbard, que é uma pessoa perfeitamente inocente na questão* – considero que a sra. Tarbard é responsável pelos danos sofridos pela sra. Daniels por ter bebido essa garrafa de limonada. Entretanto, a meu entender, essa é a lei; e portanto creio que a decisão deve ser favorável ao sr. Daniels, que é a única pessoa que pode obter compensação da sra. Tarbard. [grifei]

¹¹⁶“Where goods are bought by description from a seller who deals in goods of that description (whether he be the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods shall be of merchantable quality; provided that if the buyer has examined the goods, there shall be no implied condition as regards defects which such examination ought to have revealed.” (Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1893/71/section/14/enacted>. Acesso em 9.5.2013).

¹¹⁷MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30. No mesmo sentido, a definição de Atienza: “Temos uma *implicação* ou uma *inferência lógica* ou uma *argumentação válida* (dedutivamente) quando a conclusão é necessariamente verdadeira (ou seja, correta, justa, válida etc.) se as premissas são verdadeiras (ou seja, corretas, justas, válidas etc.)” (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 31).

¹¹⁸MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.

¹¹⁹Ibidem, p. 25.

O problema aqui é definir o que se entende pelo adjetivo *lógico* no contexto da argumentação jurídica. Há uma tendência a considerarmos *ilógico* (incoerente ou irracional) que as pessoas sejam responsabilizadas por estados de coisas que estão completamente fora de seu controle. Retornamos então à indagação de MacCormick: como uma argumentação pode ser logicamente válida e, mesmo assim, a decisão que ela justifica não o ser? A resposta que nos oferece o autor é a de que “a palavra ‘lógico’ tem pelo menos dois sentidos, que se sobrepõem apenas de modo parcial”. No sentido técnico, uma argumentação é lógica se satisfizer os requisitos da lógica dedutiva, de modo que sua conclusão derive necessariamente de suas premissas. Dito de outro modo, será ilógica uma argumentação que pretenda derivar de determinadas premissas uma conclusão que delas não seja resultante, ou que seja contraditória com a conclusão que efetivamente delas se depreenda. Nesse sentido, as premissas de uma argumentação não podem nunca ser em si lógicas ou ilógicas, a menos que sejam, por algum motivo, internamente contraditórias.¹²⁰

No que MacCormick chama de “uso diário”, porém, ser *lógico* tem um sentido diferente, mais amplo. “Pode-se dizer que alguma ação ou estado de coisas é ‘ilógico’ na medida em que ‘não faz sentido’”. Para exemplificar essa acepção – diga-se assim – usual do termo, o autor recorre novamente ao exemplo do caso *Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard*:¹²¹

Pode ser que a lei que determina que os comerciantes sejam responsáveis por defeitos em mercadorias vendidas, defeitos dos quais eles não tinham conhecimento nem meios de tomar conhecimento; mas, se é essa a lei, alguém poderia dizer: “Trata-se de uma lei que não faz sentido e, portanto, é ‘ilógica’”. Um dos aspectos verdadeiros acerca de uma argumentação tecnicamente ilógica é o fato de que ela não faz sentido, de que expressá-la equivale a expressar uma contradição. Até esse ponto, os dois usos coincidem. Mas, quando se diz que uma determinada norma do direito “não faz sentido”, o que geralmente se pretende dizer é que a lei estipula um padrão de conduta que é tolo, injusto ou irracional esperar que as pessoas cumpram. E isso apresenta um novo conjunto de valores que estão fora do conhecimento da “lógica” no sentido técnico do termo como nome de uma disciplina filosófica específica. É nesse emprego corriqueiro do termo que a premissa maior de uma argumentação jurídica pode ser estigmatizada como “ilógica” e com isso também qualquer conclusão que se depreenda de sua aplicação. [grifei]

Nesse sentido, portanto, quando criticamos alguma lei por ser ilógica, estamos

120MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 47.

121Ibidem, p. 48.

querendo dizer que é incompatível com as políticas e os princípios gerais do Direito. Para ficarmos no exemplo, se estivéssemos perante um ordenamento jurídico que consagrasse um princípio segundo o qual não fosse possível a imputação de responsabilidade sem comprovação de culpa, o artigo 14 (2) do *Sale of Goods Act* seria, pelo menos *prima facie*, incompatível com esse princípio. Nesse caso, os juízes que considerassem o princípio de estatura constitucional, inderrogável, poderiam tachar as leis que o contrariassem de “ilógicas”, em um sentido essencialmente avaliatório. Em síntese: esse sentido de “lógico” e “ilógico” denota a presença ou a ausência de uma coerência geral nos valores objetivados pela lei em face dos princípios que informam o ordenamento jurídico.¹²² Esse tipo de argumentação se desenvolve no âmbito de justificação que MacCormick chama de “segunda ordem”¹²³, e que corresponde ao âmbito de “justificação externa” de Manuel Atienza.¹²⁴ Quer me parecer que a expressão utilizada por Atienza é mais adequada para designar os argumentos que se fazem necessários em um nível externo ao silogismo jurídico, o qual, por sua vez, corresponderia ao “âmbito de justificação interna”. Seja como for, o âmbito de justificação externa ou de segunda ordem será objeto de nossa preocupação na segunda parte deste estudo, pois é aí que se aplicam os principais parâmetros de controle da discricionariedade dos juízes: a coerência, a consistência e as consequências da deliberação judicial.

Por ora, basta termos claro que são diferentes os sentidos de “lógico/ilógico”. Tecnicamente, é ilógica uma argumentação que faça derivar de determinadas premissas uma conclusão que delas não seja resultante (âmbito de justificação interna). E em um sentido não técnico (corriqueiro, usual), é ilógico um argumento quando for incoerente com a principiologia que ilumina o sistema jurídico (âmbito de justificação externa). Aqui, assim como faz MacCormick, reservarei o uso da expressão “ilógico” para tratar do defeito do

122MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 48-49.

123Vide o capítulo V do “Argumentação jurídica e teoria do direito” (Ibidem, p. 127-164).

124Atienza atribui essa denominação, originalmente, a Wróblewski. Nestes termos: [...] “naturalmente, além dos casos simples há também casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), isto é, suposições nas quais a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou a premissa normativa exige novas argumentações que podem ou não ser dedutivas. Wróblewski (e a sua terminologia é hoje amplamente aceita) chamou ao primeiro tipo de justificação, o que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, *justificação interna*. E ao segundo tipo de justificação, o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas, *justificação externa* (Wróblewski, 1971 e 1974). A justificação interna é apenas uma questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito”. (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 39-40).

argumento em um sentido técnico, atinente a uma deficiência no silogismo (conclusão contraditória ou impossível de ser tirada das premissas).

De outro lado, parece bem registrar que não é isenta de polêmica a função do silogismo na argumentação jurídica e, por via de consequência, a defesa que dela faz MacCormick. Dentre as críticas que Manuel Atienza dirige à função do silogismo jurídico em geral, há uma que consiste no seguinte:¹²⁵

[...] o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte [...] podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é entimemática. Um argumento entimemático pode sempre ser proposto de forma dedutiva, mas isso supõe acrescentar premissas às explicitamente formuladas, o que significa reconstruir, não reproduzir, um processo argumentativo.

Penso que isso não invalida a importância do raciocínio silogístico no Direito, tampouco a tese de MacCormick, que não desconhece esse caráter entimemático – para usar a expressão de Atienza – da argumentação jurídica. Aliás, admite-a expressamente, o que fica bem evidenciado quando o que estiver em jogo for um caso difícil. Dizendo-o de outro modo, em casos fáceis – aqueles em que não se controvertem(eram) as premissas – como o *Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard*, o silogismo resolve o problema posto. Mas, analisando a controvérsia instaurada em um caso difícil (*Ealing London Borough Council v. Race Relations Board*),¹²⁶ o jusfilósofo escocês é claro ao referir a insuficiência do raciocínio apenas por meio de um silogismo jurídico, pois ali foi necessária uma justificação situada em outro nível (externo ou de segunda ordem) para o acerto da premissa maior. A seguinte

125ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 36.

126A lide foi assim resumida por MacCormick: “É uma verdade muito óbvia que nem todas as normas jurídicas, nem mesmo todas as normas legisladas ‘em forma verbal fixa’, podem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja. Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação a algum contexto questionado ou questionável de litígio. [...] A Lei de Relações Raciais de 1968, do Reino Unido, por exemplo, proíbe a discriminação ‘com base na cor, na raça ou na origem étnica ou nacional’ em relação *inter alia* à disponibilização de moradia. Torna-se bastante claro o modo de aplicação desse dispositivo se alguém se recusar a vender ou alugar uma casa a outra pessoa por ter essa pessoa a pele negra ou por ser descendente de irlandeses. O que dizer, porém, se uma autoridade municipal, ao selecionar entre inscritos para receber moradia da prefeitura, aplicar uma norma de que somente súditos britânicos, de acordo com o significado da Lei de Nacionalidade Britânica de 1948, podem ser admitidos nessa lista? Essa autoridade municipal estará cometendo uma forma de discriminação proibida pela Lei? Essa mesma pergunta surgiu de forma concreta no caso de *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board* ([1972] A.C. 342)”. (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84-85).

passagem ilustra bem o seu pensamento:¹²⁷

[...] Todas as normas jurídicas podem ser formuladas como frases com a estrutura *Se p, então q*, com a estipulação de que, sempre que ocorrerem certos fatos operativos, uma determinada consequência jurídica há de se seguir. Qualquer proposição que entre no lugar de *p* deve ser clara em relação a alguns contextos, mas pode muito bem ser ambígua em outros casos. [...]

Resumindo: as normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambiguidade for resolvida. No entanto, resolver a ambiguidade de fato envolve escolher entre duas versões rivais da norma (*se p'*, *então q* ou *se p''*, *então q*). Uma vez feita essa escolha, segue-se uma simples justificação por dedução de uma decisão específica. *Contudo, uma completa justificação dessa decisão deve girar em torno de como for justificada a escolha entre as versões concorrentes da norma. É evidentemente impossível uma justificação por dedução como analisado no capítulo II. Nosso problema consiste portanto em como uma escolha dessas é justificada – e esse problema, por motivos bastante óbvios, chamarei de “problema de interpretação”.* [grifei]

A relevância de levarmos a sério o silogismo na argumentação jurídica está em tornar indubitoso que, em qualquer caso, a atividade do magistrado ocorre da seguinte forma: subsunção da premissa menor à premissa maior para chegar a uma conclusão. Nos casos difíceis, todavia, há dificuldades adicionais na determinação do exato alcance das premissas, o que demanda uma justificação diferente, mais sofisticada (como se verá na segunda parte deste estudo). Ainda assim, depois da fixação do sentido das premissas, o raciocínio será silogístico. Logo, a crítica de Atienza não tem o condão de invalidar essas ilações. Ao contrário, penso que as reforça, porquanto serve para alertar o intérprete de que a subsunção não é uma atividade simples, que pode, portanto, sempre ser problematizada, exigindo assim uma justificação de segunda ordem.

Por exemplo, por meio do exame dos casos que utilizaremos, na última parte do trabalho, para testar as ideias esboçadas, será possível verificarmos a simplificação que vem sendo feita pelo Poder Judiciário ao decidir casos difíceis. Serão analisadas algumas decisões proferidas em situações cujas premissas podem ser facilmente problematizadas, as quais envolveram a (in)suficiência da política penitenciária do Estado. Isto é, trata-se de demandas cujo pedido fora de determinação de construção de presídios por entes federados. O exame dos pronunciamentos jurisdicionais pode passar a equivocada ideia de que, para a resolução da contenda, bastaria a aplicação do seguinte silogismo: há muitos detentos para o número de vagas (premissa menor); existe um direito fundamental à integridade física e moral

127MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 85-86.

do preso (premissa maior); logo, deve o ente público construir mais presídios (conclusão). Como se verá, isso ocorreu justamente porque a justificação no âmbito da segunda ordem fora olvidada, acarretando, pois, a insuficiência da fundamentação decisória.

Mas, mesmo assim, segundo Atienza, o ponto mais discutido da teoria da argumentação jurídica de MacCormick permanece sendo o papel por ele conferido à lógica e à dedução. Atienza então elenca, além da crítica direcionada ao silogismo jurídico de uma maneira geral, mais algumas – em grande parte já por ele mesmo refutadas – tecidas por outros juristas especificamente contra a tese de Neil MacCormick.¹²⁸ Vale ressaltar que as críticas descritas por Manuel Atienza foram construídas como contraponto às ideias veiculadas na primeira obra de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Ocorre que o autor escocês, para além de reafirmar seu pensamento sobre o papel do raciocínio dedutivo no Direito, sofisticou sua teoria em *Rhetoric and the Rule of Law*, obra que veio a ser publicada quase trinta anos depois (2005). Passo, então, a cuidar das críticas que reputo principais, valendo-me também das considerações apresentadas pelo jusfilósofo nesse livro mais recente.

Manuel Atienza faz uma gradação de importância quanto às críticas dirigidas ao silogismo maccormickiano, partindo da menos para a mais relevante. As três últimas críticas, que seriam as mais fortes, vinculam-se ao problema da verdade no Direito. Trata-se de questão que põe em dúvida não apenas o silogismo jurídico, mas um sem-número de aspectos relacionados não só ao Direito, mas a todas as disciplinas que se situam *in the “soft” domains of morality and art*, para usar a expressão de Dworkin, em contraposição àquelas situadas nos domínios “duros” da matemática e da física. Esse complexo e controvertido tema da verdade (ou de respostas corretas) no Direito, como intuitivo, não poderá ser tratado aqui, sob pena de fugirmos muito dos limites deste trabalho.¹²⁹ No entanto, isso não nos impede de tecermos algumas considerações sobre as três críticas mais fortes descritas por Atienza.

A primeira delas é a que nega precisamente “a possibilidade de haver uma

¹²⁸Vide o item 3, intitulado “Crítica à teoria da argumentação jurídica de MacCormick”, do capítulo 5 da obra de Atienza (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 139-155), na qual o autor sistematiza os apontamentos sobre o assunto realizados por diversos teóricos (Wilson, Wellman, Alchourrón e Bulygin).

¹²⁹Fica aqui, para possíveis interessados, a indicação de dois textos que abordam em profundidade essa discussão, um de autor estrangeiro e outro de jurista nacional: DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, Spring, 1996, p. 87-139; e STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

inferência entre normas, já que as normas não têm valor verdade”. MacCormick, de acordo com Atienza, contesta afirmando que as normas têm, sim, valor de verdade, argumentando nesse sentido. Como o fundo dessa discussão não poderá ser tratado aqui, ficaremos, quanto a essa crítica, com uma resposta que preserva a função do silogismo jurídico independentemente da polêmica sobre a verdade no Direito, resposta essa oferecida pelo próprio Atienza. Para ele, sendo a premissa maior constituída por uma norma, estar-se-ia, efetivamente, diante do problema de que o seu caráter de verdadeiro ou falso é, no mínimo, discutível, mas “isso não significa negar que seja possível uma dedução entre normas, mas seria preciso definir a noção de dedução (e também as conectivas lógicas e a noção de contradição) sem recorrer à de verdade”.¹³⁰ Bastaria, portanto, trocar a referência à verdade da premissa maior ou da conclusão por outro valor como justiça, razoabilidade etc., típicos das controvérsias judiciais.

Na obra publicada em 2005, MacCormick tece considerações que podem servir para ilustrar esse raciocínio. Segundo ele, o papel genuíno, mas limitado, que a argumentação dedutiva desempenha na seara jurídica atém-se a fornecer uma moldura na qual os argumentos de natureza persuasiva (não dedutiva, portanto) serão tecidos, argumentos que requerem um outro tipo de justificação (de segunda ordem). E isso está vinculado ao caráter interpretativo do Direito, que pressupõe exercício de interpretação para concluirmos pela justiça ou pela razoabilidade (para não falarmos em verdade) das normas (regras ou princípios) que comporão o silogismo no caso concreto. Os critérios para tanto são aqueles que exporemos quando formos tratar da justificação externa ou de segunda ordem (coerência, consistência e consequências). Sobre o ponto, em nome da clareza, convém a transcrição da literalidade do pensamento maccormickiano.¹³¹

[...] É claro que o Direito não é uma ciência exata, e é claro que a produção de decisões jurídicas e a argumentação jurídica destinada a justificá-las não têm o caráter demonstrativo que sua apresentação em forma silogística parece atribuir-lhes. [...]

Para cada conceito, cada proposição universal como “consumidor”, “produtor”, “produto”, “dano”, “causa”, podemos fornecer um exemplo concreto particular no argumento proposto. *Mas cada um desses elementos está sujeito à interpretação, e trata-se de interpretação à luz de uma certa compreensão da questão jurídica em apreço, de seu enquadramento no restante do Direito e de um certo sentido de justiça que pareça apropriado ao*

¹³⁰ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 147-148.

¹³¹MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 52-53 e 56-57.

ramo do Direito em questão. [...]

Então, no final das contas, não é o silogismo sozinho que determina o resultado de um caso. Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram nos termos da lei. Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso. [...] As razões para ler o silogismo de uma certa maneira são, é preciso que se diga, as reais razões para decidir um caso. Elas pertencem à lógica das probabilidades, não à das certezas, de maneira que é essa, no final das contas, a lógica decisiva para esse tipo de questão.

*Por que então insistir no silogismo afinal de contas? A resposta deveria ser óbvia: porque é ele que fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos.*¹³² [grifei]

As duas últimas críticas tratadas por Atienza estão ligadas a essa. Consistem em pôr em dúvida a adequação da lógica dedutiva para representar os raciocínios jurídicos, pela “incapacidade de dar conta da relação 'ser um argumento a favor de' e 'ser um argumento contra', que não pode ser reduzida à noção clássica de consequência lógica (é, efetivamente, uma noção mais fraca)”, bem como por pressupor “a distinção entre casos claros e casos difíceis”, distinção essa que seria questionada pelo próprio MacCormick. Diante dessas críticas, Atienza conclui que, “na medida em que a verdade ou a correção das premissas seja uma questão duvidosa, a lógica dedutiva não poderá proporcionar mais que uma justificação duvidosa”.¹³³ Particularmente, não vejo problema em concordar com ambas as críticas. E penso que a concordância não invalida a teoria de MacCormick, tampouco o papel do silogismo jurídico.

Ora, isso tudo está vinculado ao caráter essencialmente interpretativo do Direito. Por conta dessa circunstância, o silogismo jurídico só pode mesmo apresentar uma “justificativa duvidosa”, e a noção de consequência lógica será, sim, mais fraca. Ainda assim, os advogados, com o intuito de convencer o juiz, tentam construir, na petição inicial, um silogismo, encaixando os fatos subjacentes à lide em uma norma, oferecendo o que

¹³²Mais adiante, Neil MacCormick é mais conclusivo sobre o ponto: “[...] a argumentação nesse nível [de justificação de segunda ordem] não pode ser propriamente concebida em termos simplesmente bivalentes de falso ou verdadeiro. Entramos aqui nos domínios do melhor ou pior, daquilo que está aberto ao desacordo, do preferível, do mais ou menos persuasivo. O caráter profundamente controverso da argumentação interpretativa nos confronta aqui. O fato de alguém poder sempre citar fundamentos para a preferência de uma boa interpretação sobre outra não significa que esses fundamentos sejam normalmente (ainda que possam às vezes ser) conclusivos.” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 102).

¹³³ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 148-150.

consideram a melhor interpretação tanto desta como daqueles. Apresentam – para usar a expressão de Atienza – “argumentos a favor de” sua interpretação das premissas e da conclusão, mas a forma, a moldura – agora, na expressão de MacCormick – é silogística. Claro que a justificação dessa lógica dedutiva será “duvidosa”, mas a dúvida decorre precisamente do necessário caráter interpretativo do Direito, em razão do qual os atores jurídicos devem demonstrar argumentativamente que suas propostas de formação do silogismo são mais convincentes porque mais justas, e são mais justas porque são mais coerentes, consistentes e produzem as melhores consequências.

Por outro lado, MacCormick efetivamente questiona a diferenciação entre casos fáceis e casos difíceis, como já referimos em extensa nota de rodapé acima. Da mesma forma, ele argumenta que o silogismo – por si só – pode resolver os primeiros, mas não os segundos. Ocorre que isso de forma alguma é antitético a sua teoria sobre casos claros e problemáticos (expressões preferidas pelo autor). Se uma das partes do processo apresentar uma proposta de silogismo convincente, não sendo a outra parte ou mesmo o juiz capaz de contestá-la, porque não vislumbram uma melhor (mais justa, mais razoável) interpretação, o caso será fácil. E, portanto, a lógica dedutiva será suficiente para a composição da lide. Mas se o mesmo caso puder, por razões convincentes, ser problematizado, ele passará a ser um caso difícil, e as partes, por meio de seus advogados, terão o ônus de argumentar que o respectivo silogismo é o mais adequado, em um outro nível de justificação, não mais dedutiva (em segunda ordem, como veremos).

O que isso nos mostra? O papel importante, porém limitado, do raciocínio silogístico no Direito. Utilizando novamente o termo de Neil MacCormick, o silogismo jurídico fornece a *moldura* para toda a argumentação jurídica, argumentação essa, todavia, em princípio não dedutiva.¹³⁴ Daí que, retornando ao que expusemos no início deste capítulo, não

134“De fato, [...] a argumentação interpretativa é altamente complexa e envolve muitos tipos de argumentos potencialmente acumuláveis e conflitantes. Estes podem incluir até mesmo argumentos sobre as intenções objetivas ou subjetivas dos legisladores históricos ou atuais. Estas, por sua vez, podem ser intenções acerca dos usos ordinários ou técnicos da linguagem em um contexto jurídico particular, ou intenções sobre o contexto jurídico sistêmico da interpretação (por exemplo, a intenção de confirmar ou modificar um certo conjunto de precedentes), ou intenções acerca dos propósitos da legislação ou da concepção de justiça (ou de qualquer outro valor) que a lei possa conter. Igualmente, sem qualquer referência à intenção objetiva ou subjetiva, pode haver argumentos sobre o contexto linguístico da interpretação, e se esse contexto apoia um 'sentido comum' ou um 'sentido técnico'. Pode haver argumentos sobre a interpretação nesse contexto jurídico-sistêmico, envolvendo, por exemplo, considerações sobre princípios gerais do Direito, ou precedentes, ou analogia, ou história do Direito, e muito mais. Pode haver argumentos teleológicos atribuindo um propósito à legislação como parte do contexto dos problemas de interpretação, e argumentos axiológicos sobre os valores que devem ser vistos como contidos na legislação, e isso também pode ser relevante para

é isenta de controvérsia a afirmação de que *as regras aplicam-se por subsunção e os princípios, por ponderação*, reproduzida por integrantes do senso comum teórico sem muita reflexão crítica. Se partirmos da teoria de MacCormick, o silogismo estará presente sempre na argumentação jurídica, seja ela calcada em regras, seja ela calcada em princípios. Talvez a ponderação entre princípios possa ser uma técnica utilizável na fixação do sentido da premissa maior do silogismo. Por exemplo, para chegarmos à premissa maior na difícil controvérsia sobre a possibilidade de compelir o Estado a construir presídios (analisada na última parte deste estudo), poderia ser utilizada alguma espécie de ponderação entre os princípios da integridade física do preso, da limitação orçamentária e da separação dos Poderes da República. Não é o tipo de argumento que defenderei aqui, mas, em tese, seria possível que se fixasse, à luz das circunstâncias do caso concreto, o princípio que formaria a premissa maior do silogismo por meio da técnica da ponderação.

Seja como for, para avançarmos no estudo, devemos ter claro que o silogismo, a subsunção e, portanto, a justificação por dedução não devem ser descartados quando em jogo um potencial conflito entre princípios ou um caso difícil. Eles desempenham, sim, um importante papel – muito embora não suficiente – em qualquer tipo de argumentação jurídica, sendo, ademais, uma forma de auxílio na difícil tarefa de sindicabilidade das decisões judiciais, pela possibilidade de dividir o argumento em dois contextos: o da justificação interna (lógico-dedutivo) e o da justificação externa ou de segunda ordem (preponderantemente persuasivo, como refere MacCormick).

1.4 Apresentando as teorias que fornecerão os critérios de sindicabilidade das decisões em um contexto de justificação externa (MacCormick e Dworkin)

Os critérios de segunda ordem, que permitirão a sindicabilidade das decisões judiciais, serão descritos e debatidos na segunda parte deste estudo. Mas, antes de descrevê-los, devo apresentar as teorias a partir das quais serão construídos (o que será feito agora) e justificá-los (o que farei na sequência). Pois bem. É possível utilizarmos as teorias de Ronald Dworkin e Neil MacCormick juntas para obtermos um arranjo de ideias que propicie a

uma escolha entre interpretações possíveis”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 80).

construção de critérios para controle da atividade interpretativa dos juízes na composição de lides? Acredito que sim, de modo que o meu intuito, neste breve capítulo, é apresentar uma justificativa para utilização, em conjunto, dessas teorias no que que interessam ao problema levantado no estudo, qual seja: o de que o tratamento dado, de um modo geral, pelo senso comum teórico e por órgãos do Poder Judiciário brasileiro¹³⁵ às políticas públicas possui um déficit de fundamentação, déficit esse consistente no fato de não abordarem – pelo menos não com a mesma intensidade com que invocam, descrevem e prescrevem os princípios constitucionais subjacentes à discussão – o problema da discricionariedade judicial.

A produção jurídico-filosófica de ambos os autores é conhecidamente extensa, cuidando de assuntos diversificados e complexos. Neil MacCormick, em uma entrevista que concedera aos tradutores de seu livro no Brasil, Cláudio Michelin, Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, considerou pertinente a subdivisão de sua obra em três partes distintas: uma teoria do Direito, uma teoria política e uma teoria da argumentação jurídica. A sua teoria da argumentação jurídica é a que serve de anteparo ao que desejo fazer neste trabalho. Tal teoria está materializada, principalmente, em duas de suas obras, *Legal reasoning and legal theory* (1978) e *Rhetoric and the Rule of Law* (2005), essa última que fornece seu argumento definitivo.¹³⁶

Ronald Dworkin, por seu turno, tem escritos que versam desde discussões sobre as interconexões entre filosofia, moral e Direito e seus problemas, passando pelas temáticas da verdade e de respostas corretas no Direito, até teorias sobre o liberalismo e a igualdade e uma crítica ao positivismo e à discricionariedade dos juízes, além de outros muitos temas. É tarefa difícil sistematizar o pensamento dworkiniano. Acredito que Albert Calsamiglia, no prólogo à tradução espanhola do livro *Taking rights seriously* (1977), cumpriu-a com algum êxito, muito embora a tenha realizado no ano de 1984 e com o escopo de apresentar uma sistematização das ideias apresentadas nesse específico livro.¹³⁷ Depois

135Os órgãos do Poder Judiciário a que me referi estarão representados aqui pelas decisões analisadas ao fim do estudo, que versam política penitenciária, mais especificamente, construção e reformas de cadeias.

136O que foi confirmado pelo próprio MacCormick na mencionada entrevista. Vide: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 367-368.

137Ele sistematizou assim as ideias de Dworkin apresentadas na obra: (1) *Las tesis sobre el positivismo* (Normas, directrices y principios; La regla de reconocimiento e El neiusnaturalismo de Dworkin); (2) *La función judicial* (Los casos difíciles e La incerteza y la función de la teoría); (3) *La tesis de los derechos*; (4) *Modelos de la función judicial* e (5) *El nuevo liberalismo*. Vide: CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002, p. 7-29.

disso, Dworkin ainda lançaria muitas obras importantes, sofisticando e expandindo sua produção teórica. Por guardarem maior pertinência com o presente estudo, as obras de Dworkin de que mais me ocupo aqui são, evidentemente, o seu livro seminal *Taking rights seriously* (1977), que na realidade é uma coletânea de artigos, o livro *A matter of principle* (1985), também uma coletânea de textos esparsos, e, finalmente, o livro *Law's Empire* (1986), no qual é desenvolvida a poderosa ideia do Direito como integridade.

Pela necessidade de ater-me aos objetivos do texto, interessar-me-ão com mais ênfase as específicas construções relacionadas à discussão sobre a discricionariedade judicial, seus limites e formas de controle, feitas por MacCormick e Dworkin nessas obras. Mas devo ainda demonstrar a afinidade teórica entre esses autores, com o escopo de justificar a sua utilização conjunta e, assim, deixar claro não estar incorrendo em sincretismo metodológico.

O pensamento de Dworkin sobre a discricionariedade dos juízes foi apresentado no capítulo anterior. Vimos que ele foi construído como uma crítica ao positivismo de Herbert Hart. Por outro lado, as ideias de MacCormick, por ocasião de seus primeiros escritos, eram mais próximas das de Hart e mais distantes das de Dworkin. Na sua obra *Legal reasoning and legal theory* (1978), apresentou consistentes críticas a Dworkin em defesa do pensamento hartiano. No entanto, já nessa obra, sua pretensão era avançar em relação a pontos importantes apresentados por Hart em *The concept of Law*,¹³⁸ o que fica claro quando levamos em conta a preocupação de MacCormick com o problema da discricionariedade dos juízes, mormente quando descreve a necessidade de consideração de princípios e os critérios de justificação de segunda ordem. É interessante observar, a propósito, que a noção de coerência apresentada pelo autor em *Legal reasoning and legal theory* é muito próxima daquela que Dworkin viria a desenvolver com mais consistência, em 1986, sob o nome de integridade.

A confirmar essas ilações, em um livro editado em 1981, intitulado, precisamente, *H.L.A. Hart*, MacCormick faz uma descrição da teoria desse ilustre positivista, oportunidade na qual refere, em capítulo do texto que leva o sintomático título de “Os limites da discricionariedade; a diversidade dos *standards* jurídicos”,¹³⁹ que “a doutrina hartiana [...] aponta na direção certa, mas não leva longe o bastante”. E isso porque existem, segundo ele,

138Como referira explicitamente, na oportunidade, o próprio MacCormick: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 301.

139MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 171-172.

“cânones de raciocínio jurídico que determinam quais são as justificativas satisfatórias para decisões judiciais quando a justificativa por simples dedução de uma regra jurídica e dos fatos estabelecidos do caso é inaplicável”. Tais cânones ou critérios são aqueles relativos ao contexto da justificação de segunda ordem, externa ao silogismo, que ainda veremos aqui. Hart comentou esse – diga-se assim – aperfeiçoamento de sua obra feito por MacCormick, o que é revelado pelo jusfilósofo escocês na introdução de uma segunda edição do livro, que veio à tona em 2008.¹⁴⁰

[...] William Twining, editor geral da série da qual faz parte este livro, recorda uma conversa no trem entre Oxford e Londres. Em resposta a uma pergunta de Twining sobre a reação dele à primeira edição deste livro, Hart “*demonstrou aprovação geral, mas disse enfaticamente que se considerava um positivista mais empedernido do que MacCormick havia descrito*”. O *Pós-Escrito* certamente ressalta essa ideia de Hart sobre si mesmo e, de fato, certa vez ele me disse que eu o descrevi mais jusnaturalista do que ele desejaria ser. [grifei]

A transição definitiva do pensamento de MacCormick ocorreu por ocasião do lançamento de seu *Rhetoric and the Rule of Law* (2005). Ali fica evidente, em diversas passagens, sua aceitação de vários temas da teoria de Dworkin,¹⁴¹ fato que pode ser confirmado pelas respostas que o autor ofereceu às perguntas de Manuel Atienza em esclarecedora entrevista publicada em 2006.¹⁴² Nessa última obra, fica muito clara a preocupação de Neil MacCormick em levar cada vez mais a sério o problema da discricionariedade dos juízes, entendendo não só possível, mas extremamente necessária a sua sindicabilidade. E nisso ele se equipara, definitivamente, a Ronald Dworkin. Desse modo, não vislumbro dificuldades na utilização de aspectos das teorias dos dois jusfilósofos conjugadamente.

Por fim, vale fazer uma brevíssima asserção: é perfeitamente possível a utilização da produção bibliográfica desses autores estrangeiros para avaliarmos decisões de tribunais brasileiros. O problema dos limites da interpretação dos juízes, não importando

140MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16.

141Em alguns momentos do texto o autor admite expressamente sua aceitação das ideias de Dworkin. Vide, por exemplo, as páginas 8 e 52 de MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

142ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 29, p. 479-489, 2006. Vejamos, a título de exemplo, o seguinte trecho de uma das respostas de MacCormick: “[...] Desde entonces, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 2005) ha actualizado completamente mi teoría acerca del razonamiento jurídico. Este libro muestra una evolución hacia bases compartidas con Ronald DWORKIN sobre el problema de 'respuestas correctas' objetivas a cuestiones jurídicas disputadas [...]”.

sobre qual referencial normativo (leis, constituições ou precedentes), é algo comum a *civil* e a *common law*.¹⁴³ A indeterminação do Direito é-lhe intrínseca. Como refere Santiago Nino, a pergunta sobre como os juízes devem exercer seu poder discricionário é uma das questões mais importantes da filosofia do Direito.¹⁴⁴

1.5 Justificando os critérios: isonomia formal e universalizabilidade

Feita a apresentação das teorias, é hora de justificarmos o valor que ilumina os critérios de sindicabilidade decisória de segunda ordem. É a última etapa necessária para passarmos a sua abordagem propriamente dita. Seria, porém, proposta para um outro estudo um debate aprofundado sobre a indagação no sentido de serem ou não efetivamente *jurídicos* os parâmetros de controle da interpretação propostos aqui. Essa discussão deveria passar necessariamente por um outro problema do juspositivismo: o apartamento radical entre Direito e moral. Como alerta Calsamiglia, talvez as duas mais marcantes características do positivismo jurídico¹⁴⁵ sejam, exatamente, (1) a separação entre Direito e moral e (2) o não enfrentamento da discricionariedade judicial/indeterminação do Direito, essa última, sim, objeto do presente trabalho.¹⁴⁶

É claro que, com isso, não estou menosprezando o enriquecedor e instigante debate sobre a primeira característica do positivismo referida, a desvinculação do Direito com a moral. Isso está no epicentro da discussão teórica sobre *o que é o Direito*, o que nos remete à velha polêmica entre o *jusnaturalismo* e o *juspositivismo*. Uma discussão simplista dessa polêmica teria a seguinte estrutura: enquanto o *jusnaturalismo* afirma que há uma conexão intrínseca entre Direito e moral, o positivismo nega uma conexão de tal tipo. Porém, como

143MacCormick é expresso nesse sentido: “[...] Apesar das diferenças sistêmicas bem conhecidas entre os sistemas codificados e não-codificados, europeus e americanos, de *common* e *civil law*, esse grupo encontrou uma similaridade impressionante nos tipos de argumentos que são reconhecidos como persuasivos para fundamentar uma dada interpretação de um texto legal em uma situação de dúvida ou disputa. Isso se aplica particularmente para as justificações dadas pelos juízes para suas decisões sobre a interpretação [...]” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 165).

144NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 509.

145Aqui representado, notadamente, pelas teorias de Kelsen e Hart.

146CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

nos lembra Santiago Nino, há muitas maneiras de defender a existência de um vínculo importante entre essas duas áreas do conhecimento humano. Ele elenca dez,¹⁴⁷ afirmando ser impossível supor que o jusnaturalismo ratifique todas e o positivismo a todas se oponha.

Nino argumenta que mesmo uma forma muito radical de juspositivismo, chamada de *positivismo ideológico*,¹⁴⁸ não se “descola” totalmente da moral ou de princípios de justiça. Essa forma de positivismo pretende que os juízes assumam uma atitude moralmente neutra, limitando-se a decidir conforme o que entendem por *Direito vigente*, cujas proposições seriam reduzíveis a meras proposições sobre fatos. Todavia, é um princípio da lógica do raciocínio prático (raciocínio que leva à justificação de uma ação ou decisão) que as proposições descritivas de meros fatos não são capazes de expressar razões para justificar ações ou decisões.¹⁴⁹ Isso quer dizer que o juiz, ao tentar justificar sua decisão dizendo que o Direito vigente dispõe a solução que está adotando, considerando, como os positivistas ideológicos, que essa proposição é meramente descritiva de certos fatos e, portanto, não implica valoração, esse juiz não consegue com isso justificar sua deliberação, a menos que pressuponha, de modo implícito – como em geral ocorre –, um princípio moral que indique que *se deve observar o que o Direito positivo dispõe*. Assim sendo, o positivismo ideológico, para se sustentar, deve fatalmente admitir pelo menos um princípio moral: o que prescreve a necessidade de observância de tudo o que o Direito posto determina. Mas daí decorre a

147Quais sejam: “1) As normas de todo sistema jurídico refletem de fato os valores e aspirações morais da comunidade em que vigoram ou dos grupos de poder que participam, direta ou indiretamente, da determinação de tais normas. 2) As normas de um sistema jurídico devem adequar-se a certos princípios morais e de justiça válidos em termos universais, independentemente de serem aceitos ou não pela sociedade em que tais normas se aplicam; 3) As normas de um sistema jurídico devem reconhecer e tornar efetivos os padrões morais vigentes na sociedade, seja qual for a validade de tais padrões do ponto de vista de uma moral crítica ou ideal. 4) Não é possível formular uma distinção conceitual taxativa entre as normas jurídicas e as normas morais vigentes em uma sociedade. 5) Os juízes aplicam de fato em suas decisões não somente normas jurídicas, como também normas e princípios morais. 6) Os juízes devem recorrer a normas e princípios morais para solucionar questões que não estão claramente resolvidas pelas normas jurídicas. 7) Os juízes devem se negar a aplicar normas jurídicas que contradizem radicalmente princípios morais ou de justiça fundamentais. 8) Se uma regra constitui uma norma de um sistema jurídico, ela tem força moral obrigatória, seja qual for sua origem e conteúdo, e deve ser aplicada pelos juízes e obedecida pelas pessoas. 9) A ciência jurídica deve encarar a tarefa de formular princípios de justiça aplicáveis a diferentes situações juridicamente relevantes e avaliar até que ponto as normas jurídicas vigentes satisfazem tais princípios e podem ser interpretadas de modo que se ajustem a suas exigências. 10) Para reconhecer um sistema normativo como uma ordem jurídica ou uma regra como uma norma jurídica, não basta constatar que o sistema ou a regra em questão satisfazem certas condições fáticas, mas deve-se determinar também sua adequação aos princípios morais e de justiça; um sistema ou uma regra que não se ajustem a tais princípios não podem ser classificados como jurídicos”. (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 17-18).

148Que não se identifica com as teorias de Kelsen e Hart, utilizadas aqui como paradigmas de positivismo jurídico.

149NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 38.

fragilidade dessa corrente de pensamento, pois, “embora esse princípio moral aparentemente se justifique (há razões de ordem, segurança e certeza que o apoiam), ele não é o único princípio moral válido, nem o único a ser considerado pelos juízes em suas decisões”.¹⁵⁰

Feita essa breve digressão, que incorpora o início de uma discussão própria para outro estudo, devo consignar que, para a proposta que apresentarei neste trabalho, saber se são ou não *jurídicos* os critérios de sindicabilidade decisória de segunda ordem não fará diferença. Tais critérios ou parâmetros são *integridade, coerência, consistência e consequências*, na forma como são tratados pela teoria do Direito de Ronald Dworkin e pela teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick.¹⁵¹ Trabalharei, portanto, no espaço deixado intencionalmente de lado pela segunda característica atribuída ao positivismo, a sua não preocupação com o problema da discricionariedade judicial/indeterminação do Direito. Mas apesar de a natureza dos critérios não ser determinante para a conclusão do estudo, é preciso justificá-los. Para cumprir essa necessidade justificatória é que, assim como MacCormick,¹⁵² reconduzo os requisitos da interpretação utilizados neste estudo ao princípio da isonomia formal, dela os dimanando.

Com efeito, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,” é o que anuncia a cabeça do artigo 5º da Constituição da República, que positiva o chamado rol não exaustivo de direitos fundamentais. Cuida-se do princípio da isonomia formal, que veda tratamentos discriminatórios e distinções arbitrárias. A isso MacCormick dá o nome de “exigência da justiça formal”, que “consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é

150NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

151Sem adentrarmos a polêmica sobre o uso da expressão “pós-positivismo”, devemos rememorar que o próprio MacCormick qualifica como pós-positivista sua teoria. Vide: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2. Parece que o sentido que MacCormick confere a esse termo aproxima-se daquele dado por Albert Calsamiglia (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998), e que talvez tenha sido utilizado, de forma inovadora, por Friedrich Müller (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 9-15.). No Brasil, Rafael Tomaz de Oliveira bem descreve, com base no próprio Müller, esse sentido de pós-positivismo: não como um *antipositivismo*, mas como “uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito, e não para problemas abstrato-sistemáticos apenas” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27).

152Em capítulo de seu texto intitulado “A coerção da justiça formal” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93-126).

devido”.¹⁵³ É um conceito confessadamente inspirado em John Rawls,¹⁵⁴ que diferencia as *concepções* específicas de justiça do *conceito* propriamente dito de justiça, sendo esse último abstrato e formal. Rawls¹⁵⁵ afirma – com acerto, parece-me – que o que é justo e injusto está sempre em discussão nas sociedades existentes, havendo discordância sobre quais princípios devem informar as condições fundamentais possibilitadoras da vida em comum. Cada pessoa tem, portanto, uma concepção de justiça própria. Assim, parece mesmo natural que aceitemos o conceito de justiça como distinto das diversas concepções que dessa virtude têm as pessoas. O conceito então será formado pelo papel que essas diferentes concepções possuem em comum, de maneira que, mesmo defendendo concepções de justiça diversas, *os indivíduos podem concordar que as instituições são justas quando não fazem distinções arbitrárias na atribuição dos direitos e deveres fundamentais*. E é a partir desse *pano de fundo de isonomia formal* que as diversas teorias da justiça se encarregarão de definir os princípios que determinarão quando uma pessoa ou um caso são considerados semelhantes em termos materiais e o que é devido a cada um.

Nesse ponto, Rawls incorpora ideias de Herbert Hart. Aliás, o conceito que Hart dá para a justiça é efetivamente muito próximo do conceito de justiça formal tal como defendido por MacCormick, o que pode ser depreendido do seguinte trecho de sua obra clássica:¹⁵⁶

“O princípio geral latente nessas diversas aplicações da ideia de justiça é que os indivíduos fazem jus, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou de desigualdade. Isso é algo a ser respeitado nas vicissitudes da vida social, quando encargos ou benefícios têm de ser distribuídos; é também algo a ser restaurado, se tiver sido perturbado. Assim, considera-se tradicionalmente que a justiça mantém ou restaura um *equilíbrio* ou *proporção*, e seu princípio condutor frequentemente se formula com a frase ‘Devem-se tratar os casos iguais de forma igual’; embora precisemos acrescentar: ‘e tratem-se os casos diferentes de forma diferente’. [...].

A estrutura da ideia de justiça tem, portanto, certa complexidade. Podemos dizer que compreende duas partes: *uma característica uniforme ou constante, resumida no preceito ‘Tratem-se igualmente os casos iguais’, e um critério cambiante ou variável, usado para determinar quando os casos devem ser considerados semelhantes ou diferentes para determinado objetivo*”. [grifei]

153MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93.

154RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 6.

155Ibidem.

156HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 206-207.

Parece pertinente enfocar aqui que também Dworkin coloca-se de acordo com Rawls, Hart e MacCormick sobre essa questão, aceitando a diferenciação entre *conceito* e *concepções* para descrever as interpretações não apenas da isonomia e da justiça, mas de todas as chamadas “cláusulas constitucionais vagas”.¹⁵⁷ Na linha desses autores, portanto, fundamentarei os parâmetros (*integridade, coerência, consistência e consequências*) que serão utilizados para a tarefa de sindicabilidade das decisões dos tribunais brasileiros no *conceito* da igualdade/justiça formal. Isso quer dizer que, sempre que esses critérios forem utilizados, o magistrado terá uma obrigação adicional, que decorrerá da necessidade de serem observadas as exigências da igualdade/justiça formal, as quais consistem, basicamente, no seguinte mandamento: *sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a um indivíduo, ela deverá ser necessariamente proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação*. À medida que formos esmiuçando cada parâmetro, como será feito em tópicos apartados, quero crer que a sua fundamentação nesse princípio ficará mais clara.

Por ora, é preciso não perder de perspectiva que a justiça formal oferece-nos uma boa razão para a observância dos precedentes judiciais, consubstanciada no mandamento referido, que pode ser assim também descrito: *se o presente caso reproduz as premissas de casos do passado, deve receber a mesma conclusão*. Mas aceitar isso não equivale a dizer que, mesmo tendo a decisão anterior se revelado injusta por algum motivo, não seria possível a discussão sobre a manutenção desse padrão decisório. Em uma situação assim, segundo Neil MacCormick, o juiz teria de decidir “se é melhor perpetuar uma injustiça substantiva para satisfazer a justiça formal ou garantir uma justiça substantiva no caso em foco ao custo de sacrificar a justiça formal conforme aplicada às partes desse caso e às partes do outro caso”. Trata-se de hipótese de dificuldade decisória, a demandar intensa motivação. Com efeito, “não há nenhuma resposta simples e fácil para essa questão”.¹⁵⁸ Serão decisivos para a sua

¹⁵⁷“Suponhamos que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida, eu teira em mente exemplos da conduta que desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meus “significado” se limitasse a esses exemplos, por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado nem poderia ter pensado. Em segundo lugar, eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu considerara justo (*fair*) era de fato injusto, ou vice-versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. Nesse caso, eu gostaria de dizer que minhas instruções incluíam o caso por ele citado, e não que eu mudaria minhas instruções. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo *conceito* de justiça (*fairness*) e não por alguma *concepção* particular de justiça (*fairness*) que eu tivesse tido em mente”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 211).

¹⁵⁸MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo:

solução os próprios parâmetros de decisão de segunda ordem. A injustiça substantiva será aferida à luz da coerência/integridade, da consistência e das consequências da decisão universalizada. A solução dada no caso passado produziu, por exemplo, consequências ruins? Elas, em princípio, seriam universalizáveis, tendo em vista que legitimadas pela isonomia formal, mas se essa universalização acarretar uma injustiça insuportável, o padrão decisório não só pode como deve ser superado, de modo que, nos casos vindouros, não se produzam as mesmas nefastas consequências.

No entanto, apesar desses temperamento, é inegável que a justiça formal impõe coerções voltadas tanto para o futuro como para o passado. O juiz que decide hoje um caso específico deve levar em conta seu dever, pelo menos seu dever *prima facie*, de decidir o caso em termos compatíveis com as decisões anteriores sobre questões semelhantes. E, ao decidir esse caso, assumirá o dever de decidir casos futuros levando em conta o precedente que estará estabelecendo.¹⁵⁹

O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações.

MacCormick entende que os juízes devem aderir ao princípio da justiça formal como requisito mínimo para que façam “justiça de acordo com a lei”. E a exigência de pensar no futuro, em tal contexto, é ainda mais rigorosa que a de contemplar o passado, tendo sempre em vista a possibilidade – já enunciada – de existir um conflito genuíno entre a justiça formal de observância dos precedentes e a percepção da justiça substantiva do caso atual. Ainda que hoje não haja conflito algum, pode muito bem havê-lo no futuro se o magistrado expressar fundamentos decisórios que acabem fazendo revelar alguma injustiça substantiva, o que já é uma forte razão para que tenha cuidado com o modo de resolver o caso atual.¹⁶⁰ O jusfilósofo escocês, a respeito dessas considerações, faz uma interessante provocação a possíveis críticos, que vale a pena ser levada em conta porque reforça a justificativa da necessidade de respeito à

Martins Fontes, 2006, p. 95.

¹⁵⁹Ibidem, p. 96.

¹⁶⁰MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96-97.

justiça formal:¹⁶¹

Para quem quiser debater esse princípio [o do respeito à justiça formal] comigo, na realidade posso recorrer somente a um argumento humiano: ou nossa sociedade é organizada de acordo com esse valor da racionalidade ou não, e não consigo contemplar sem repugnância a incerteza e insegurança de uma sociedade gerida arbitrariamente, na qual decisões de todas as espécies são tomadas de acordo com a veneta ou o capricho de alguém naquele momento, sem referência a processos decisórios passados ou futuros.

Influenciado pelo pensamento do filósofo da moral Richard Hare, Neil MacCormick coloca muita ênfase nesse caráter de universalizabilidade das exigências da justiça formal. É essa característica que leva – e deve levar – o magistrado a ter a consciência de que, ao julgar uma pessoa na específica lide de que cuida, estará julgando *todas as pessoas* que potencialmente se encontrem na mesma situação. Para Hare, os juízos morais, além de prescritivos, são universalizáveis, daí o nome de sua teoria, *prescritivismo universal*. Em 1952, na obra intitulada *A linguagem da moral*, o filósofo já descrevia esse caráter dos julgamentos morais:¹⁶²

Deve-se salientar que mesmo juízos sobre escolhas passadas não se referem meramente ao passado. Como veremos, todos os juízos de valor são veladamente de caráter universal, o que é o mesmo que dizer que se referem a, e exprimem a aceitação de um padrão aplicável a outras ocasiões similares. Se censuro alguém por ter feito algo, considero a possibilidade de ele, outra pessoa ou mesmo eu, ter de fazer uma escolha semelhante novamente; do contrário não faria sentido censurá-lo. Assim, se digo a um homem que estou ensinando a dirigir “Você fez mal aquela manobra”, essa é uma instrução de volante bastante típica, e a instrução de volante consiste em ensinar um homem a dirigir não no passado, mas no futuro; para esse fim censuramos ou aprovamos manobras feitas no passado, para comunicar a ele o padrão que deve guiá-lo em sua conduta subsequente.

Hare prossegue com uma explanação que pode ser bem aplicada aos casos jurídicos, também levada em conta – ainda que não explicitamente – por MacCormick. Diz ele que, quando aprovamos um objeto, nosso juízo não está direcionado apenas para aquele particular objeto, mas, inevitavelmente, para objetos semelhantes. Assim, “a sugestão do juízo ‘Aquele é um bom automóvel’ não se estende meramente a automóveis *exatamente* como aquele. Se fosse assim, a sugestão seria inútil para propósitos práticos, pois nada é exatamente

161MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 97-98.

162HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 137.

igual a qualquer outra coisa”.¹⁶³ Isso quer dizer que tal sugestão é extensível a todo automóvel que seja igual àquele nas suas particularidades *relevantes*, as quais, para Hare, são “suas virtudes – as características pelas quais eu o aprovei ou que denominei boas”. Em cada caso, haverá uma necessidade de motivação adicional para que se possa aferir quais são essas *particularidades relevantes*. Não obstante, como se pode intuir, essas ilações de Richard Hare estão profundamente calcadas no princípio subjacente da isonomia formal.¹⁶⁴

Terminada essa rápida incursão no pensamento de Hare, deixo claro que não pretendo – por não ser objetivo deste trabalho – aprofundar-me aqui na sua rica produção bibliográfica. O meu intuito foi marcar a sua importante influência na teoria de MacCormick, esta, sim, que serve de anteparo ao exercício hermenêutico realizado neste estudo. Parece fora de dúvida, portanto, que a teoria maccormickiana aposta na universalizabilidade como elemento essencial da justiça formal, esta, por sua vez, equivalente ao princípio da isonomia. Mas, se assim o é, como justificar os chamados julgamentos por equidade?

O julgamento por equidade, como muitas vezes concebido, é aquele que supostamente obedeceria apenas à “justiça do caso concreto”, que imporia fosse cada caso decidido com base em seus méritos específicos, sem levar em consideração princípios e normas gerais. Isso, porém, não possui o condão de relativizar o caráter de universalizabilidade que deve estar sempre subjacente às decisões judiciais. Não existe uma boa razão para decidir um único caso que não possa universalizar-se, que não seja uma boa razão genérica para decidir todos os outros casos do tipo particular de situação sob enfoque. Não podemos, portanto, entender a equidade como algo particular em comparação com a universalizabilidade da justiça. O contraste talvez possa ser estabelecido entre uma aplicação do significado *prima facie* de uma determinada lei e um julgamento por equidade, mas esse último deve ser adotado em todas as demais situações similares em que a aplicação do significado mais óbvio dessa tal lei seja desaconselhado.¹⁶⁵

Em *Rhetoric and the Rule of Law* (2005), MacCormick reafirma a importância

¹⁶³HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 138.

¹⁶⁴Nessa mesma linha, Roberto Freitas Filho, em artigo dedicado a discutir, precisamente, a aplicação do prescritivismo universal às decisões jurídicas, enfatiza ser a universalizabilidade uma condição do pensamento racional e o que confere o seu sentido de justiça enquanto isonomia. Refiro-me ao seguinte texto de Freitas Filho: FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria lingüística*. O prescritivismo universal de Richard Hare. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

¹⁶⁵MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 124-125.

da universalizabilidade das decisões. Ele abre o quinto capítulo, intitulado “Universais e Particulares”, com a afirmação de que a universalização é algo fundamental à justificação no campo não apenas do Direito, mas da argumentação prática em geral. Sua teste, portanto, permanece alinhada à “visão do princípio do Estado de Direito que ressalta seu caráter universalista e igualitário”. Além disso, MacCormick esclarece que, assim como expôs em *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), essas considerações não conduzem a uma negação de que razões particulares devem justificar decisões particulares, não obstante devam ser universalizadas.¹⁶⁶ Por mais particular que seja o caso, se ele vier um dia a se repetir, a solução, considerada a coerção da justiça formal, deve, pelo menos em princípio, ser a mesma. Daí a pertinente advertência do autor: “[...] qualquer universalização feita a partir de uma razão particular em um caso particular tem que ser aceita com uma certa cautela, porque diferentes circunstâncias podem sugerir exceções e qualificações que não haviam surgido à vista das circunstâncias do caso em consideração”.¹⁶⁷ Em síntese:¹⁶⁸

[...] O porquê da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem. Isso é sujeito à exceção de que características relevantes adicionais podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, *mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade de universal*. Nós teremos que estar lidando com algum conjunto adicional de relações que, a seu turno, se repetido, *será utilizado para justificar a mesma exceção em um caso futuro semelhante*.” [grifei]

MacCormick, nessa obra de 2005, faz um importante alerta a fim de evitar confusões terminológicas. Ele enfatiza que, à evidência, nunca se pode estar absolutamente certo de ter antevisto cada possibilidade de decisão que se apresenta, em tese, para a resolução do caso concreto. Assim, a universalizabilidade jurídica é sempre uma universalizabilidade excepcionável, cujas exceções, portanto, também deverão ser universalizadas. Mas *universalizabilidade excepcionável (defeasible)* permanece sendo universalizabilidade, não se confundindo com *generalização*. “Universal” contrapõe-se a “particular”. E “geral” a “específico”. O primeiro par de termos não admite diferenças de grau, como admite o segundo. Dizendo-o de outro modo, “universal” e “particular” são propriedades lógicas;

166MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103-104.

167Ibidem, p. 118-119.

168Ibidem, p. 120.

generalidade e especificidade são propriedades quantitativas. “No Direito, tanto as regras quanto os princípios são universais – como o são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares. Mas algumas proposições normativas são mais gerais que outras”.¹⁶⁹ Costuma-se referir, por exemplo, que os princípios são normas mais gerais dos que as regras. Ambos, entretanto, são universalizáveis.

Em conclusão, a tese da justiça formal de Neil MacCormick exige que a justificação das decisões do Poder Judiciário em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar para identificar e decidir os casos semelhantes, independentemente do grau de generalidade ou de especificidade das premissas. Por mais específica que seja a situação, se ela tornar a ocorrer, o magistrado, em princípio, deverá dar à lide a mesma solução. A escolha entre proposições universalizadas, quando mais de uma for candidata a incidir no caso,¹⁷⁰ será feita com base nos critérios de justificação de segunda ordem, os quais, justamente porque universalizáveis, são legitimados pela isonomia formal. E é deles que passamos a tratar a partir de agora.

¹⁶⁹MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 124-125.

¹⁷⁰E, portanto, ele possa ser qualificado como um “caso difícil”.

II JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM: OS PARÂMETROS DAS CONSEQUÊNCIAS, DA COERÊNCIA (INTEGRIDADE) E DA CONSISTÊNCIA

2.1 A consideração das consequências da deliberação jurisdicional

A teoria da argumentação jurídica de MacCormick tem as principais características descritas nas suas duas já referidas obras: *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) e *Rhetoric and the Rule of Law* (2005). O pano de fundo do pensamento maccormickiano é a assunção de que o Direito é uma ordem institucional: ao mesmo tempo normativa e prática. A sua dimensão normativa impõe aos que com ele operam uma contínua necessidade de interpretação. E a sua dimensão prática, uma contínua necessidade de adaptação aos problemas prático atuais. Essas condutas, como intuitivo, envolvem interesses e valores da maior importância para os indivíduos que compõem um mesmo contexto social, de maneira que o processo decisório, no Direito, é acompanhado por uma prática argumentativa e por escolhas entre argumentos rivais envolvendo questões interpretativas e fáticas.¹⁷¹

Vimos que as deliberações judiciais devem ser universalizadas, de modo que o magistrado deve tomar apenas as decisões que aceite aplicar em casos vindouros análogos, sob pena de infringência ao princípio constitucional da isonomia formal. Mas ainda não foi dito de que forma os juízes devem decidir entre os argumentos rivais presentes na prática argumentativa cotidiana dos tribunais, mormente nos casos difíceis, para que cheguem a um pronunciamento definitivo passível de universalização. É certo que as circunstâncias de cada caso indicarão o caminho. Porém há – evidentemente – critérios a orientar essa caminhada, que não poderá ser arbitrária.¹⁷² Critérios esses, pois, que delimitarão o âmbito da discricionariedade judicial. MacCormick chama-os de “Três Cs”: coerência, consistência e consequências.¹⁷³

Estamos, pois, no nível de justificação externa ou de segunda ordem, no qual o

171MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8.

172Como, de resto, nenhum ato estatal pode sê-lo.

173MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

raciocínio deixa de ser, via de regra, dedutivo, pois aqui é preciso argumentar em favor de uma determinada proposta de premissa e de uma determinada proposta de conclusão, ambas universalizáveis, as quais formarão o silogismo que emoldurará a decisão, tal como discorreremos no capítulo terceiro da primeira parte deste estudo. Em outras palavras, no nível da justificação externa, necessário para os casos difíceis, a argumentação será, nas palavras de MacCormick, predominantemente persuasiva, em vez de dedutiva. Uma vez que justificar a decisão particular envolve a enunciação, mesmo que implícita, de uma deliberação universal, podemos depreender que a justificação de segunda ordem diz respeito a uma escolha entre deliberações desse tipo.¹⁷⁴

Começarei pelo último “C”: as consequências da deliberação jurisdicional. “Qualquer leitura universalizada de qualquer norma jurídica possui consequências potenciais, uma vez que implica uma determinada abordagem ao decidir tanto o caso presente quanto casos futuros similares”.¹⁷⁵ Devem, pois, ser verificadas as decisões propostas para um caso à luz de suas consequências, que não de corresponder àquelas consequências ditas universalizáveis, que ocorreriam em todos os casos que fossem decididos dessa ou daquela forma. Nas exatas palavras de MacCormick:¹⁷⁶

[...] como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual a decisão *deveria* favorecer um lado em vez de outro, as consequências pertinentes são as da deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente.

O consequencialismo na teoria de MacCormick é complexo. Para bem entendê-lo, não podemos perder de perspectiva que as consequências da deliberação devem ser consideradas pelo juiz não apenas com os olhos para a lide de que cuida, mas universalmente. O que sua decisão provocaria no mundo fático se fosse universalizada? Se todos os casos judicializados fossem decididos da mesma maneira? Ou, na situação que aqui nos interessará, quais as consequências acarretadas pela imposição judicial de que todos os entes políticos cujos detentos estão sofrendo com a precariedade das respectivas penitenciárias construam

174MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 128-129.

175MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

176MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 193.

outras ou as ampliem?

A avaliação das consequências pertinentes depende de critérios de justiça e de interesse público, ou seja, de referência a princípios constitucionais que, por sua vez, recorrem a pressupostos fundamentais sobre filosofia política.¹⁷⁷ Essas considerações devem fazer parte da deliberação do julgador e muitas vezes fazem parte da argumentação dos advogados, que oferecem ao órgão que decidirá a controvérsia avaliações sobre as consequências de possíveis interpretações opostas para o texto normativo ou para o precedente invocado como suporte jurídico da discussão. MacCormick insiste em que esse procedimento – a aferição das prováveis consequências da deliberação genérica que sempre está envolvida na decisão do caso específico – é exigido necessariamente pelo elemento prospectivo da justiça formal: o mesmo tratamento para casos semelhantes.

Não se cuida, portanto, de um consequencialismo meramente econômico ou de algum tipo de utilitarismo.¹⁷⁸ A consideração das consequências, uma vez que se relacionam à solução universal fixada na sentença, deverá estar sempre ligada a uma exigência de isonomia, ainda que tal consideração venha – como inevitável – impregnada de uma concepção específica de justiça defendida pelo órgão decisor como adequada para solução daquela controvérsia. Em todos os casos, estar-se-á lidando com problemas jurídicos, não apenas com questões morais, econômicas ou políticas tomadas em estado bruto.¹⁷⁹ Daí porque o consequencialismo maccormickiano é denominado de “consequencialismo jurídico”, sendo suas respectivas consequências chamadas de “implicações jurídicas” da decisão.¹⁸⁰ Manuel

177MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 178.

178John Finnis lembra que o utilitarismo é às vezes chamado de “proporcionalismo” e outras vezes de “consequencialismo”. Para ele, os consequencialistas “são aqueles que propõem que a otimização das consequências das próprias escolhas ou é o princípio supremo da ética ou um princípio geral sempre disponível para resolver ‘casos difíceis’” (FINNIS, John. *Fundamentos da Ética*. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 81-107). O consequencialismo de MacCormick, como veremos, não se identifica com esse – diga-se assim – “consequencialismo de feições utilitaristas” descrito por Finnis.

179MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

180Segundo o próprio MacCormick, essa denominação decorreu de sua aceitação das críticas feitas por Bernard Rudden (RUDDEN, Bernard. *Consequences. Juridical review*, v. 24, p. 193-201, 1979). Nas exatas palavras de MacCormick: “Bernard Rudden, em uma crítica competente e útil de *Legal Reasoning and Legal Theory*, sugeriu que deveríamos chamar essas consequências como implicações de “consequências jurídicas”. O nome é bem escolhido pois, para declarar um direito em particular (*jus dicere*) é necessário, no papel de juiz imparcial, declarar que tal direito está disponível em todos os casos semelhantes. Assim, como uma pessoa prudente e cautelosa, qualquer juiz deve olhar, dentre o conjunto de situações possíveis, qual terá que ser coberta, do ponto de vista jurídico, pela sentença proposta. Tal consideração do conjunto de casos possíveis é necessária para uma avaliação adequada da aceitabilidade da decisão tomada no caso presente”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo

Atienza faz, ao meu ver, uma leitura bem esclarecedora sobre a natureza do consequencialismo em MacCormick. Pela sua relevância para o argumento, permito-me transcrevê-la, apesar de longa:¹⁸¹

[...] O que importa são, antes, as consequências no sentido de implicações lógicas. Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos, mas não probabilísticos. A esse tipo de consequências, MacCormick – seguindo uma sugestão de Rudden (cf. Ruden, 1979) – denomina *consequências jurídicas*. E as consequências jurídicas [...] são avaliadas com relação a uma série de valores como a Justiça, o senso comum, o bem comum, a conveniência pública etc. Tais valores, por outro lado, são, pelo menos em parte, diferentes em cada ramo do Direito: por exemplo, no Direito Penal um valor básico é o da paz ou da ordem pública, ao passo que, no Direito Contratual, esse valor será a liberdade pessoal para perseguir determinados fins etc.

Isso significa que o conceito de consequência, utilizado por MacCormick, não coincide com o que se entende como tal na tradição utilitarista. Ou, dito de outra forma, se se quer continuar chamando de utilitarista a concepção de MacCormick, seria preciso dizer que se trata não apenas de um *utilitarismo de regra* como também de um *utilitarismo ideal*. Isto é, por um lado, de um utilitarismo que não leva em conta unicamente as consequências para as partes numa ocasião específica (consistiria nisso o utilitarismo do ato, que se chocaria com o princípio da universalizabilidade), mas também as consequências da norma em que se baseia a decisão; e, por outro lado, de um utilitarismo que não leva em consideração apenas o valor da utilidade (como ocorre com o utilitarismo hedonista de Bentham), mas também outros valores, como os indicados anteriormente. Dessa forma, a concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com os fins e a orientação segundo um critério de correção são as duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, *os fins corretos* de acordo com o ramo do Direito de que se trate.

O próprio MacCormick esclarece que sua concepção de consequencialismo não deve ser caracterizada como alguma forma de utilitarismo.¹⁸² Ele rejeita qualquer

Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 142).

181 ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 134-135.

182A menos que fosse uma forma bem específica de utilitarismo, uma espécie de “utilitarismo da norma” e não “do ato”, e que captasse a avaliação de uma série de critérios de valor aceitos pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de MacCormick: “[...] A argumentação consequencialista de fato trata de estabelecer que uma deliberação preferida é a melhor em vista de todas as considerações. Contudo, essa conclusão quanto à ‘melhor’ não é determinada por referência a uma única escala de avaliação (por exemplo, a escala do prazer – dor como no utilitarismo hedonista de um Bentham). Ela é uma sentença definitiva expressa como soma dos

possibilidade de se revelar exitoso um tipo de consequencialismo cuja justificação para as decisões esteja baseada em um único critério de valor (o prazer ou a satisfação de preferências, por exemplo) em razão do qual fosse possível fazer todos os cálculos de custo e benefício. É interessante observar, a propósito, que um conhecido e fervoroso crítico do utilitarismo em suas variadas vertentes, John Finnis, afasta expressamente a concepção de MacCormick de suas críticas.¹⁸³ Além disso, a despeito de investir contra essa forma de pensamento, Finnis enfatiza não ter um posicionamento contrário à consideração das consequências na deliberação judicial ou em qualquer outra forma de agência moral. Ao contrário, para ele, a consideração das prováveis consequências das decisões é “uma exigência básica de razoabilidade prática”.¹⁸⁴

Com esses esclarecimentos, já é possível trazermos a definição do consequencialismo de MacCormick feita por ele próprio: “[...] o que eu chamo de Direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da decisão que está sendo considerada”.¹⁸⁵ Para melhor compreendê-la, penso ser possível uma divisão em dois requisitos.

Em primeiro lugar, os juízes devem considerar, dada a universalizabilidade de seus pronunciamentos, o que ocorreria no mundo se as pessoas que potencialmente se

resultados cumulativos ou concorrentes da avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a 'justiça' e 'senso comum' bem como o 'proveito público' e a 'conveniência'. [...] Mais uma vez, porém, é preciso ressaltar que, como o foco dessas justificações é voltado para as consequências de deliberações contrárias (na forma de proposições universais do direito), não nas consequências para as partes particulares da decisão em particular, o utilitarismo envolvido é o 'utilitarismo da norma', não o 'utilitarismo do ato'. Portanto, [...] precisaríamos recorrer à terminologia ética, até certo ponto incômoda, do 'utilitarismo da norma ideal', se quiséssemos chegar a empregar a ideia do utilitarismo neste contexto”. (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 147-148). No mesmo sentido: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137-138.

183Em uma nota de rodapé explicativa, o autor – que identifica os termos “consequencialismo” e “utilitarismo”, como referi em nota acima – assim se pronuncia: “[...] Observe que o que eu descrevo como irracional é o consequencialismo como um método geral na ética (isto é, um raciocínio prático em aberto), e não o que Neil MacCormick, em *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: 1978), pp. 105-6 e cap. VI, chama de raciocínio “consequencialista” dos juízes, *viz* (para resumir sua valiosa análise), (i) o exame dos *tipos* de decisão que 'teriam de ser tomados' em outros casos, se uma certa decisão é tomada no caso em pauta, e (ii) o questionamento da aceitabilidade ou inaceitabilidade de tais 'consequências' da decisão proposta no tal caso. Como MacCormick observa (*ib.*, p. 105), 'não há ... qualquer razão para se assumir que [essa modalidade de argumento] envolve avaliação em termos de uma única escala ...'. De fato, a avaliação será com referência aos compromissos estabelecidos de uma sociedade”. (FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 134).

184FINNIS, John. *Fundamentos da Ética*. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 84.

185MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 147.

encontram na mesma situação daquela das partes da lide se engajassem na conduta autorizada pela decisão. Como alerta Atienza no texto acima transcrito, não é um raciocínio probabilístico, mas hipotético. O decisor não fará – até porque não estará apto, em princípio, a fazê-lo – uma análise de probabilidades, mas terá o dever de considerar que as pessoas podem, pelo menos em tese, atuar de acordo com o que fixado no precedente. Vale invocar novamente as precisas palavras de MacCormick:¹⁸⁶

[...] As pessoas em geral são responsáveis pelas consequências previstas ou imprevisíveis e pelos resultados de seus atos, e os juízes não são uma exceção a esse respeito. Nós simplesmente não podemos especular sobre todas as coisas que irão ou poderão eventualmente ocorrer se as pessoas reagirem de uma forma ou de outra a uma nova decisão. Mas nós podemos, contudo, ao menos perceber que elas têm o direito de considerar que o Direito seja aquilo que os tribunais dizem que ele é. As pessoas devem agir de acordo com o Direito e, quando elas agem de acordo com o Direito tal como os tribunais o interpretam, fica ao menos vedado aos juízes dizer que eles gostariam que isso não tivesse acontecido.

Ainda em relação a esse primeiro requisito do consequencialismo maccormickiano, há uma engenhosa classificação apresentada por Joxerramon Bengoetxea,¹⁸⁷ segundo a qual essas possíveis mudanças comportamentais geradas pela emergência de um

186MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 149.

187Muito embora haja, entre a versão do consequencialismo de MacCormick e a de Bengoetxea, muitos pontos de contato, prefiro a de MacCormick, porque me parece um modelo mais convincente e praticável no ato da deliberação jurisdicional, apesar das dificuldades inerentes a esse tipo de raciocínio hipotético. Não nego, porém, que o nível de detalhamento do consequencialismo de Bengoetxea é maior, pois comporta divisões e subdivisões não apenas de tipos de consequências a serem aferidas pelo magistrado, mas da forma como valorá-las, no seguinte esquema: “*Las consecuencias a las que se refieren [os juízes] son de distintos tipos: 1) repercusiones socio-económicas y 2) implicaciones a) en el derecho (como sistema jurídico) o b) implicaciones sobre el funcionamiento del derecho y se valoran de acuerdo con distintos criterios axiológicos 1) extrajurídicos y 2) jurídicos*”. Penso, não obstante, que essa classificação pode complicar mais algo que já é em si intrinsecamente complexo. Quanto à valoração das consequências, entendo, tal como MacCormick, que deve ser sempre reconduzida a algum(ns) princípio(s) jurídico(s), ainda que a este(s) se façam somar considerações de ordem econômica ou social. E quanto à classificação da natureza das consequências, não vejo muita utilidade na divisão proposta, considerando que Bengoetxea aceita que o juiz analise todos os tipos de consequências, bem como não a considero muito clara. Por exemplo, o segundo sentido dado para o segundo tipo de consequências (como implicações no Direito em um sentido social) apresenta os mesmos problemas que se verificam no primeiro tipo de consequências (consequências como resultados ou repercussões da decisão na realidade social extrajurídica), porquanto, em ambos os casos, é necessária a criação de hipóteses sobre como as pessoas se comportarão depois de fixados os padrões decisórios. O próprio autor admite essa dificuldade quando refere: “*2) En el segundo caso se trata de analizar las implicaciones de la decisión dentro del derecho como fenómeno social: como orden normativo con ciertas funciones sociales, con ciertos operadores y ciertos roles específicos y con una subcultura particular. [...] son difíciles de controlar pues podrían conceptualizarse igualmente como repercusiones sociológicas de la decisión. Sin embargo, aquí las consideramos como implicaciones sociológicas sobre el funcionamiento del derecho mismo más que como repercusiones sociológicas en la realidad social regulada por el derecho.*” [grifei] (BENGOETXEA, Joxerramon. Una defensa del consecuencialismo en el derecho. *Télos: Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, v. 2, n. 2, p. 31-68, 1993).

novo padrão jurisprudencial seriam “consequências como resultados ou repercussões da decisão na realidade social extrajurídica”. Apesar de defender a ideia de que os juízes devem, sim, levar em conta esse tipo de consequências nas suas decisões, o autor aponta as dificuldades que se apresentam para o cumprimento dessa exigência, tais como: de que forma decidir entre as hipóteses possíveis de comportamento? Existem algumas hipóteses mais plausíveis do que outras? Qualquer consequência pode ser objeto de uma hipótese? Essas indagações são, sem dúvida, relevantes, mas fazem parte do ônus argumentativo imposto ao magistrado. Não nego que é difícil fazê-lo, mas, nesse nível de justificação, estaremos sempre diante de casos difíceis, aqueles nos quais o raciocínio dedutivo se revelou insuficiente. E é preciso decidir. Se não for possível, por algum motivo, aferirem-se as hipóteses de consequências, o magistrado deverá argumentar nesse sentido, de modo a convencer as partes do porquê não lhe foi possível realizar a tarefa, justificando, portanto, os motivos que o levaram a uma fundamentação decisória sem análise consequencialista. Desse modo, mesmo que não possa realizar a aferição das consequências, o magistrado não deixou de pronunciar-se sobre o problema, defendendo seu ponto de vista, o que implica redução de sua discricionariedade. E essa é a conduta esperada dos decisores, como o próprio Bengoetxea descreve em proposições conclusivas ao fim de seu texto:

5. A nivel normativo es deseable que los jueces se embarquen en razonamientos consecuencialistas con una condición: que la regla en función de la cual fundamenten su decisión cumpla en primer lugar el requisito de universalidad y ciertas condiciones sistémicas.

6. En tales supuestos es deseable además que procedan a un examen exhaustivo y documentado de las consecuencias que hay en juego, en sus distintas versiones, como repercusiones y como implicaciones. Consecuentemente es deseable también que los jueces estén formados para hacerlo.

7. *Es deseable además que especifiquen con base en qué criterios proceden a evaluar dichas consecuencias.*

8. *Es deseable que lo hagan abierta y sinceramente, de tal modo que sea posible el control de la racionalidad de la decisión.* [grifei]

É claro que, ainda assim, não se trata de uma conduta fácil. Mas é necessária para que a discricionariedade seja controlada. Se, como refere Finnis, a consideração das prováveis consequências das decisões é “uma exigência básica de razoabilidade prática”,¹⁸⁸ os juízes têm o dever de explicitar os motivos que justificam a aceitabilidade das possíveis implicações ou repercussões das suas decisões, sempre que possível aferi-las, cotejando-os

188FINNIS, John. *Fundamentos da Ética*. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 84.

com as demais razões atinentes aos outros parâmetros decisórios que serão explicados nos capítulos seguintes: a consistência e a coerência do pronunciamento jurisdicional. Isso nos leva ao segundo requisito do consequencialismo maccormickiano: a qualificação jurídica das possíveis consequências provocadas pela decisão.

Parece-me um requisito autoexplicativo. Aqui o juiz deverá identificar quais os princípios jurídicos que seriam promovidos ou afetados pelas consequências possíveis de sua decisão e, concomitantemente, avaliá-las de acordo com esses mesmos princípios. Caminhará, portanto, “do escrutínio de consequências jurídicas para sua avaliação”.¹⁸⁹ Os princípios ou, na expressão de MacCormick, “os valores”¹⁹⁰ contra os quais devemos testar as consequências jurídicas são aqueles que o ramo do Direito em questão considera relevantes”.¹⁹¹ A resposta jurisdicional, portanto, terá necessariamente de ser formulada em termos jurídicos, de modo que os princípios ou valores que interessarão para o teste consequencialista serão aqueles resultantes da interpretação dos precedentes, da Constituição e das leis, mediante uma reflexão sobre o Direito como uma ordem normativa dotada de coerência. Há, além disso, uma conexão direta com o universalismo da justiça formal, pois esse exercício exige que a decisão possa ser, ao menos implicitamente, universalizada e comparada qualitativamente com as consequências de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival. “Então,

189MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 149.

190No pensamento maccormickiano, não há uma distinção qualitativa entre princípios e valores do Direito. Adoto, aliás, essa perspectiva aqui. Entre essas duas categorias jurídicas há uma necessária conexão, de maneira que, quando referimos um, automaticamente estamos nos remetendo ao outro. Isso já era assim, para o autor, à época em que escreveu o *Legal Reasoning and Legal Theory*: “[...] Formular princípios de um sistema jurídico envolve uma tentativa de lhe dar coerência em termos de um conjunto de normas gerais que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema. Isso faz com que a pessoa se empenhe tanto no esforço de entender os valores aos quais supostamente deveriam servir a legislação e as normas da jurisprudência conforme a interpretação judiciária de legisladores e juízes, como na imposição daquilo que parece a seus olhos uma base aceitável de valor para as normas. Existe, assim, uma combinação da adoção de valores recebidos com acréscimos, extrapolações ou modificações dos mesmos.” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 198). Posteriormente, reafirmou essas ideias em *Rhetoric and the Rule of Law*, deixando-as inclusive mais claras: “‘Valores’ não são apenas propósitos, objetivos ou fins *de facto*, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou órgãos institucionais. Eles são, na verdade, estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins. Se essas duas proposições são aceitas, então parece haver considerável sobreposição entre ‘valores’ e ‘princípios’. Para cada valor V, há um princípio de acordo com o qual V ou pode ser, ou deve ser (na ausência de considerações contrárias), ou deve normalmente ser, ou ainda, necessita ser (na ausência de considerações mais importantes) perseguido ou realizado. A observância de tais princípios é um meio intrínseco, e não instrumental, de realizar valores. O fato de que V é genuinamente um valor não significa, claro, que ele está incorporado a qualquer princípio estabelecido de um sistema jurídico particular. Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga.” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 251).

191Ibidem, p. 152.

razões devem ser dadas a favor da alternativa preferida, para a linha de decisão proferida neste caso e em todos os outros casos análogos”.¹⁹²

Dito de outro modo, as decisões judiciais não devem ser justificadas apenas por seus efeitos gerados, de imediato, nas partes envolvidas diretamente na contenda, mas também por uma proposição jurídica aceitável que, além de resolver o presente caso, sirva para casos semelhantes. É claro que não se deve exigir dos juízes que façam um prognóstico preciso das consequências econômicas ou políticas que possam ocorrer, a longo prazo, caso o padrão jurisprudencial recém criado venha a estabilizar-se. Isso seria tarefa afeta aos Poderes Legislativo ou Executivo na formulação de políticas públicas. O consequencialismo a ser considerado pelo julgador é diverso. Resumidamente, trata-se de testar as possíveis consequências jurídicas da deliberação com os valores e princípios que o Direito considera relevantes.

Para deixar mais clara a argumentação com base em consequências, recorro brevemente a alguns exemplos. O primeiro deles é tirado de julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorrido recentemente, em 2011. Na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental autuada sob o número 234, o relator, ministro Marco Aurélio, utilizou de argumentação fundada em possíveis consequências para possibilitar o transporte, no âmbito territorial do Estado de São Paulo, de mercadorias contendo o polêmico mineral amianto branco em sua composição. Vejamos o seguinte excerto do voto do magistrado:¹⁹³

A regulação do comércio interestadual é inequivocamente de alcance amplo e geral. Se cada Estado impuser restrições ao comércio, ora vedando o acesso aos próprios mercados, ora impedindo a exportação por meio das regiões de fronteiras internacionais, será o fim da Federação. Daí o constituinte ter atribuído à União tais temas.

A argumentação de Marco Aurélio universalizou as possíveis consequências do estabelecimento de restrições ao comércio por uma unidade federativa estadual, vinculando-as a um princípio jurídico fundamental (higidez do pacto federativo). Fica fácil perceber que esse argumento restringiu o âmbito de discricionariedade do decisor. Em outras palavras, o Direito, seguindo a linha argumentativa do ministro, não poderia dar respaldo às condutas que hipoteticamente ocorreriam no mundo caso a decisão fosse tomada no sentido de permitir a

¹⁹²MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

¹⁹³Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 14.07.2012.

restrição ao comércio pelo Estado de São Paulo, viessem elas a efetivamente se materializar ou não.

Outro exemplo também provém do Supremo Tribunal Federal. Neste, porém, o então ministro Nelson Jobim, em debate com o ministro Marco Aurélio acerca do alcance da imunidade do ICMS incidente sobre as remessas interestaduais de petróleo (recurso extraordinário 198.088/SP), referiu de maneira expressa a necessidade de observância das consequências da deliberação que então tomava o Tribunal. A ação tinha por objeto a controvérsia sobre se o destinatário do petróleo, quando consumidor final, poderia gozar da imunidade tributária. Eis as considerações que interessam ao nosso tema:¹⁹⁴

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Se tivéssemos adotado a posição do Ministro Marco Aurélio, o que teríamos? Teríamos que todos os consumidores passariam a adquirir petróleo no Estado vizinho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Paciência, Ministro!

[...]

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Então, veja o que passaria: esta interpretação determinaria que todos os consumidores passariam a adquirir insumos no Estado produtor, e isto é nada mais, nada menos, que destruir toda possibilidade de uma circulação sem conflitos dos tributos no País.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, os constituintes deveriam ter pensado nisso.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Não, pensaram muito bem. V.Ex^a é quem está criando uma situação nova, que vai criar um caos no sistema tributário brasileiro, o qual não pode ser atribuído ao Supremo Tribunal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Excelência, só não posso esvaziar certo instituto, como é o instituto da imunidade.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – V. Ex^a precisa examinar as consequências do seu voto. As consequências demonstram o absurdo do voto; as consequências do voto é que determinam o equívoco da premissa.

Nesse caso, o debate entre os ministros deixa ainda mais induvidoso o consequentialismo nos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Mais uma vez, a universalização das prováveis consequências e sua análise à luz da Federação brasileira, que poderia ser colocada em xeque, segundo Nelson Jobim, pelo acirramento da chamada guerra fiscal, caso as pessoas se engajassem na conduta que restaria autorizada pela decisão proposta pelo ministro Marco Aurélio.

¹⁹⁴Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13.10.2012.

Um último exemplo foi retirado do Superior Tribunal de Justiça, em caso no qual se discutia a legitimidade do contribuinte de fato para ajuizar demanda contra a incidência de tributos indiretos. Estas ponderações do ministro Castro Meira são de evidente caráter consequencialista à MacCormick (recurso em mandado de segurança 23.571/RJ):¹⁹⁵

Como já ressaltado, a adoção da tese consagrada no acórdão recorrido quanto à legitimidade ativa em situações como a dos autos levaria ao caos na esfera tributária. A ampliação desmedida da *legitimatío* leva a que seja reconhecido tal direito a qualquer consumidor, inclusive pessoa física, de pleitear no Judiciário, ou mesmo na esfera administrativa, a repetição do que foi pago indevidamente pelo contribuinte ou responsável tributário ao simples argumento de que suportou todo ônus da tributação.

É difícil imaginar o número assustador de demandas que surgiriam todo dia se cada consumidor, nos mais variados e distantes rincões deste país, sem figurar na relação tributária como contribuinte, responsável, substituto ou substituído, estivesse legitimado a discutir a legalidade ou constitucionalidade de um determinado tributo ou, mesmo, a postular a repetição de parcelas tributárias que entende indevidas.

Nessa situação, se tivéssemos optado por adotar a classificação de Joxerramon Bengoetxea,¹⁹⁶ poderíamos dizer que foram consideradas tanto as consequências enquanto *repercusiones de la decisión judicial en la realidad social extrajurídica* (“caos na esfera tributária”) quanto as consequências como *implicaciones de la decisión dentro del derecho como fenómeno social* (“número assustador de demandas”). À luz do consequencialismo maccormickiano, podemos referir que foram universalizadas as consequências prováveis da decisão (ajuizamento de inúmeras demandas pelos consumidores), mas, quanto aos valores e princípios que teriam servido de parâmetro para o teste de compatibilidade jurídica, não foram explicitados pelo ministro. É possível deduzir que se relacionam a razões de segurança jurídica e de eficiência da arrecadação tributária.

Argumentos do tipo constante desses exemplos não são tão incomuns no Direito brasileiro. Parece, pois, razoável intuirmos que os juízes tendem a naturalmente deliberar de modo consequencialista, percebiam isso ou não. E mesmo que assim não fosse, ainda poderíamos extrair dessas situações uma conclusão relevante: quando os decisores fazem *de forma expressa* o prognóstico do que possivelmente ocorrerá no mundo se decidirem desta ou daquela maneira, vinculando-o a valores e princípios jurídicos, agregam a sua argumentação mais um elemento passível de discussão e problematização, expondo-se à

¹⁹⁵Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13.10.2012.

¹⁹⁶Vide as páginas 43 a 50 de: BENGOTXEA, Joxerramon. Una defensa del consecuencialismo en el derecho. *Télos: Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, v. 2, n. 2, p. 31-68, 1993.

crítica social e acadêmica e reduzindo, assim, o âmbito de sua discricionariedade.

A propósito, no nosso ordenamento jurídico, há um importante dispositivo legal que, de certa maneira, impõe aos julgadores o exercício do raciocínio consequencialista. Refiro-me ao artigo 27 da Lei 9.868/1999, que dispõe que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e *tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, poderá restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Pela própria natureza do processo de controle concentrado de constitucionalidade, por meio do qual se nulificam atos normativos (dotados das naturais características de generalidade e abstração) e, portanto, produzem-se decisões com abrangência *erga omnes*, a modulação dos efeitos das respectivas deliberações será necessariamente resultado de um prognóstico universalizável de possíveis consequências. A identificação existente entre esse artigo de lei e a argumentação a partir da análise de consequências foi examinada em um artigo sobre consequencialismo jurídico encontrado na doutrina pátria, de autoria de Ricardo Lobo Torres.¹⁹⁷ Ali o autor é enfático ao referir que “a modulação dos efeitos da decisão judicial é fruto do pensamento consequencialista, seja favorável ao Fisco, seja benéfico ao contribuinte”.

Por fim, é preciso registrar que o pensamento de Neil MacCormick a respeito

197Cuida-se do artigo de Ricardo Lobo Torres: TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 6, n. 21, p. 541-574, jan./dez. 2011. Outro artigo interessante de teórico brasileiro é o seguinte: SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 418. Nesse texto, o autor realça algumas dificuldades, de um lado, do pensamento consequencialista e, de outro, das críticas que se lhe fazem, mas ao mesmo tempo assenta a inevitabilidade de considerarmos as consequências da deliberação judicial. Nas suas palavras: “Apesar dessa implicação problemática do consequencialismo jurídico, entretanto, a renúncia à correspondente atitude é normativamente questionável e praticamente inviável”. Na última parte do artigo, Schuartz cria “três tipos ideais de um consequencialismo jurídico à brasileira: consequencialismo festivo, militante e malandro”. Nenhum dos três tipos pode ser identificado com o de MacCormick. Até porque a ideia do autor com essa classificação de figurinos de atitudes consequencialistas é, segundo ele, apenas “mapear o terreno conceitual” para uma eventual futura pesquisa empírica sobre as ações dos agentes participantes do sistema jurídico brasileiro quando levam em conta as consequências no Direito. A postulação de Schuartz é a de que, “seja qual for a finalidade que se pretenda imputar ao direito, haverá circunstâncias que autorizarão o recurso a pelo menos uma das três formas de consequencialismo jurídico como apropriado para a implementação da finalidade imputada”. A aposta do autor é ousada e, para sua confirmação, não prescinde de uma pesquisa do fenômeno do consequencialismo no Brasil em uma perspectiva sociológica, como ele próprio refere: “[...] A ideia é propor um conjunto de conceitos que possam servir para iluminar de forma exploratória uma realidade complexa e multifacetada e que, ao mesmo tempo, tenham um elevado valor empírico no sentido de recortar o fenômeno do consequencialismo jurídico em fatias representativas do comportamento efetivo dos agentes que participam do sistema jurídico nos mais diferentes papéis (advogados, juristas, juízes etc.)”. Seja como for, fica aqui o registro desse interessante texto, cujas ideias não poderão ser exploradas, pois fugiríamos em demasia da nossa preocupação no presente estudo.

do consequencialismo no Direito não é antitético ao de Ronald Dworkin. Vimos que a diferenciação dworkiniana entre princípios e políticas foi alvo de críticas. Uma delas, a de Kent Greenawalt,¹⁹⁸ forçou Dworkin a adentrar a discussão sobre o consequencialismo jurídico. Greenawalt sustenta que o apartamento radical entre princípios e políticas é refutado pela prevalência de argumentos consequencialistas na fundamentação das decisões dos juízes. Não examinaremos aqui o texto de Greenawalt, pois adotamos a visão de MacCormick, e não a de Dworkin, sobre a questão dos argumentos de princípio e de política. Nessa questão, a visão dos dois jusfilósofos não coincide, como tivemos a oportunidade de ver.¹⁹⁹ O que efetivamente nos interessa é a resposta de Dworkin no ponto em que esclareceu seu pensamento sobre o papel das consequências na argumentação judicial. Ele foi muito claro ali quando referiu que não devemos confundir a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política com aquela que se dá entre teorias consequencialistas e não consequencialistas dos direitos.²⁰⁰ Com efeito, Dworkin constrói, nessa resposta a Greenawalt, argumentos, a partir de casos hipotéticos, que ele considera de princípio e de política, de um lado, e consequencialistas e não consequencialistas, de outro,²⁰¹ para demonstrar a independência entre esses dois conjuntos de argumentos. O próprio MacCormick fez sua análise desse texto de Dworkin, colocando-se de acordo com ele, menos – à evidência – quanto à “distinção estipulativa entre políticas públicas e princípios”.²⁰²

198GREENAWALT, Kent. Policy, Rights and Judicial Decision. *Georgia Law Review*, v. 11, p. 991-1053, 1977.

199Vide o capítulo 1.2 acima, intitulado “Princípios, políticas e poder discricionário: o debate Hart x Dworkin”.

200DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 452

201Vale conferir, a título de exemplo, um desses casos imaginado por Dworkin e a qualificação da argumentação respectiva feita por ele: “Suponhamos que A faça – e é requisitado a defender – uma reivindicação de princípio segundo a qual ele tem o direito a que B não use sua propriedade do modo como usa. A argumentação de A poderia não apelar, de modo algum, às outras consequências que podem decorrer do fato de se permitir a B que polua o ar. Ele poderia dizer, por exemplo, que as pessoas que adquirem uma propriedade na área em questão têm o entendimento, confirmado pela convenção, de que nela poderão respirar um ar completamente puro, e que seu direito provém, exclusivamente, desse entendimento geral. Mas por outro lado, A poderia apresentar um argumento mais consequencialista. Poderia dizer, por exemplo, que a poluição do ar vai prejudicar a sua saúde e a de sua família e que seu direito provém de que a ação de B ameaça um interesse especialmente vital que ele tem direito de ver protegido pela sociedade. Desse modo, A apela às consequências do ato de B como um argumento de que A tem direito a que o ato não seja praticado. Sem dúvida, este apelo às consequências não converte seu argumento original num argumento de política. Se pensássemos assim, estaríamos incorrendo no erro de pressupor que, como os argumentos de política voltam nossa atenção para as consequências de ter ou não uma regra específica, qualquer argumento que volte nossa atenção para as consequências deve ser um argumento de política”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 453).

202MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 160.

2.2 A exigência de coerência/integridade das decisões

Na teoria maccormickiana, a exigência de coerência na deliberação judicial impõe que o juiz exerça uma atitude interpretativa do conflito que lhe é posto, esforçando-se para enxergar o material com que vai trabalhar (Constituição, leis e precedentes) como um conjunto harmônico que deve expressar um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade. Como anotam Argemiro Martins, Cláudia Roesler e Ricardo de Jesus, “vê-se na teoria de MacCormick uma cooriginalidade entre coerência e princípio”.²⁰³ Isso quer dizer que uma importante função dos princípios,²⁰⁴ a partir dessa visão de coerência normativa, está em propiciar que as regras jurídicas *façam sentido* quando consideradas em conjunto.²⁰⁵

Conjuntos de regras podem, pois, ser de tal natureza que todas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, um princípio, podendo ser consideradas como manifestações mais concretas ou específicas dele. Desse modo, quando estamos em dúvida acerca do correto significado de uma norma em um contexto determinado, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a fixar um sentido para ela, bem como explicar por que se considera válido aderir a essa norma. “Chamar uma norma de ‘princípio’ significa, portanto, que ela

203MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011.

204É válido relembrar aqui que, quando nos referimos a “princípios” no interior da teoria de MacCormick, estamos automaticamente nos remetendo também a “valores”, devido à já ressaltada interconexão entre eles. “Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga.” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 251).

205Essa tese recebe a parcial adesão de Michelon (MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265): “[...] Eu creio que o papel da coerência na argumentação jurídica é fundamentalmente o de identificar princípios jurídicos (e separá-los de princípios meramente morais ou políticos que um determinado julgador ou doutrinador possa considerar obrigatórios). De fato, uma boa parte da argumentação fundada em princípios pode ser considerada simplesmente uma instância da busca de um ideal de coerência do sistema jurídico. Em segundo lugar, a coerência oferece uma forma de lidar com a (aparente) pluralidade de princípios inconciliáveis. Todavia há certos aspectos da argumentação jurídica fundada em princípios (conforme ocorre na prática dos tribunais) que não podem ser reduzidos à ideia de coerência e, nesses casos, seria necessário buscar um outro ideal racional do sistema jurídico para arbitrar entre princípios que se encontrem em oposição (*prima facie*)”. Em MacCormick, esse “outro ideal racional do sistema jurídico para arbitrar entre princípios que se encontrem em oposição (*prima facie*)” está notadamente na consideração das consequências universalizáveis, como vimos acima, e ainda na consideração da consistência do argumento, como abordaremos no próximo capítulo.

tanto é relativamente geral como tem valor positivo”.²⁰⁶ Em suma, formular os princípios de um sistema jurídico envolve a tentativa de dar coerência a esse sistema, expressando seus valores justificatórios e explanatórios. Daí que o intérprete deve se empenhar no esforço de entender os valores aos quais devem servir os legisladores e os juízes. No exemplo elucidativo de MacCormick:²⁰⁷

Desse modo, é uma norma do direito no Reino Unido que os veículos sejam conduzidos pelo lado esquerdo da via. Não existe nenhum motivo especial pelo qual devêssemos escolher a esquerda em vez da direita, mas existe uma razão compulsória, a segurança, pela qual deveríamos nos fixar num lado ou no outro. O princípio é o de que a segurança nas estradas deveria ser garantida pela estipulação de códigos de conduta para motoristas, ou que as pessoas deveriam dirigir de um modo que reduzisse a um mínimo o perigo para outros usuários das vias públicas. Esses princípios (ou aquele princípio enunciado como alternativa) constituem a razão subjacente para todo o conjunto das leis de trânsito, não apenas para a norma do “mantenha a esquerda”.

A função do princípio, nessa contextura, será a de determinar “a faixa legítima de considerações justificatórias”²⁰⁸ a serem apresentadas pelo julgador. Não fornecerá, pois, sozinho, uma resposta conclusiva. O argumento à luz da coerência deve ser processado então da seguinte maneira. O juiz faz uma investigação sobre os princípios ou valores que, na medida do possível, dão sentido a um conjunto de normas jurídicas e precedentes candidatos a incidir na espécie. “Tais valores e princípios são parcialmente encontrados nos documentos jurídicos existentes e parcialmente construídos de modo original,²⁰⁹ de modo a estabelecer uma visão coerente de determinado campo do Direito”. As regras aplicáveis, por seu turno, são entendidas como concretizações dos princípios subjacentes e, nesse sentido, funcionam como o veículo que lhes confere efeitos jurídicos no caso. “Novas soluções e decisões que se subsumem dentro desse mesmo esquema são, portanto, propriamente consideradas coerentes com o Direito preexistente”.²¹⁰ Mas aqui não podemos perder de perspectiva que a coerência (assim como os demais “Cs” de MacCormick) deve ser legitimada pela universalizabilidade da deliberação, de modo que a história coerente considerada pela decisão deve ser a mesma

206MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197-198.

207Ibidem, p. 202.

208Ibidem, p. 230.

209Essa parcial construção original ficará mais clara adiante, quando tratarmos do “romance em cadeia” na teoria de Dworkin, aceita por MacCormick.

210MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 260.

para todos aqueles que potencialmente se incluíam na mesma situação.²¹¹

A noção de coerência em MacCormick, que supõe uma relação umbilical com os princípios, é muito próxima do conceito dworkiniano de *integridade do Direito*.²¹² Parece interessante que façamos algum desenvolvimento sobre esse conceito de Dworkin. A ideia de integridade visa a atingir simultaneamente dois propósitos: moldar a atitude do intérprete, de maneira a excluir o recurso à discricionariedade, e propor uma forma de legitimar a decisão judicial. Dito de outra forma, a proposta da integridade busca legitimar as deliberações do Poder Judiciário criando as condições para impedir a discricionariedade (forte) do intérprete.²¹³ Na busca desses propósitos, o *Direito como integridade* foi concebido como uma opção hermenêutica a duas teorias da interpretação que Dworkin cognomina de convencionalismo e de pragmatismo.

O convencionalismo sustenta que a prática jurídica é apenas uma questão de respeitar e aplicar convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar leis. No entanto, por evidente, o Direito por convenção nunca é completo. As leis do país sempre terão um espectro de relações sociais que não alcançarão, pelo menos não pelo seu significado *prima facie*. Assim, os convencionalistas entendem que, nos casos não abrangidos pelas convenções, os juízes devem decidir da melhor maneira possível, mas as partes não terão direito algum de obter ganho de causa em virtude de decisões coletivas do passado. Isso demonstra que a discricionariedade atribuída pelo convencionalismo ao juiz é forte, de modo que ele deve decidir os casos não abrangidos por convenções precedentes encontrando outro tipo de justificativa além da garantia do direito e de qualquer exigência de consistência com as decisões tomadas no passado, que poderiam eventualmente pautar sua ação futura.

O pragmatismo também aposta em uma ampla discricionariedade judicial, mas em outro sentido. Adota uma concepção cética do Direito, negando que as decisões políticas

211 Também quando trata da coerência, MacCormick relembra essa “demanda prévia de justiça formal”: “Trata-se da demanda de que todos recebam o mesmo tratamento de acordo com as mesmas regras sob a mesma interpretação, e de um modo que faça um sentido geral, não caprichoso ou arbitrário” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 302).

212 Vide, a respeito disso: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011.

213 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípio: a contribuição de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 265-289, jul./dez. 2006.

do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso do poder coercitivo do Estado. O pragmatista, portanto, encontra a justificativa para a coerção estatal em alguma virtude política – justiça, eficiência etc. – que a decisão judicial estaria a promover. Todavia, é certo que os juízes irão divergir sistematicamente sobre qual dessas virtudes é a melhor. Divergirão também sobre o que entendem, exemplificativamente, por justiça ou por equidade. Para o pragmatismo, isso não é um problema. Muito antes pelo contrário, essa teoria estimula os magistrados a assim decidirem, libertando-os de um passado aprisionador, na suposição de que essa prática tornaria a comunidade melhor.

Obviamente, Dworkin descreve em mais detalhes esses movimentos jusfilosóficos. Mas o importante aqui é tê-los em perspectiva para que possamos entender em que consiste a teoria do Direito como integridade. Assim, na tentativa de não fugir dos limites deste trabalho, permito-me avançar na abordagem dessa teoria que aposta no caráter interpretativo do Direito. Dworkin vê a integridade como um princípio ou um valor autônomo, que deve ser levado em consideração pelo intérprete quando aprecie qualquer caso jurídico. Ao lado desse valor, há outros três a lhe ombrear: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Para ele,²¹⁴ a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder de maneira adequada, isto é, os métodos para eleição dos representantes do povo (princípio democrático); a justiça, uma preocupação com o conteúdo moral das decisões tomadas pelas instituições políticas, tenham ou não sido escolhidas com equidade; e o devido processo legal adjetivo, um procedimento correto para julgamento dos cidadãos que supostamente hajam descumprido as leis estabelecidas pelas instituições representativas.

A integridade, então, é uma virtude fundamental, situando-se no mesmo patamar dessas três outras, e consiste na exigência de que o Estado – ou mesmo a comunidade considerada como um agente moral – aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estejam divididos quanto à exata natureza dos princípios de justiça e equidade corretos. Dworkin a separa em dois outros princípios: o da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito que o mantenham coerente quanto aos princípios, e o da integridade no julgamento, que pede aos responsáveis por decidir sobre os sentidos da lei que a vejam e a façam cumprir com essa mesma coerência.

214DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 200-203.

Desse modo, se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas oriundas de decisões políticas do passado, mas também – e principalmente – por outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, o conjunto de normas públicas pode expandir-se e contrair-se organicamente, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência em cada um dos possíveis pontos de conflito. Caso contrário, se entendêssemos a legislação apenas como uma questão de soluções negociadas para problemas específicos, sem um compromisso subjacente com alguma concepção pública de justiça, seríamos forçados a estabelecer uma distinção entre dois tipos de problemas jurídicos: os que se resolveriam pela aplicação de alguma decisão política do passado e os que não seriam resolvidos por decisão alguma, sendo-lhe, pois, extrínsecos. A integridade, diversamente, sustenta que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, promovendo, notadamente nos casos de conflitos de interesses não regidos por uma regra de direito clara, a coerência principiológica.²¹⁵ Em uma palavra: não há discricionariedade, pelo menos não a há no sentido preconizado pelo convencionalismo e pelo pragmatismo. O seguinte trecho do texto de Dworkin é ilustrativo do que estou referindo.²¹⁶

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

O Direito como integridade aposta, portanto, na natureza interpretativa desse saber. Aposta em que os juízes, os legisladores e mesmo os cidadãos devam tentar enxergar a solução de problemas jurídicos segundo a sua melhor luz. Ou seja, interpretar o Direito de modo sempre a melhorá-lo, a vê-lo mais justo. Haverá, por evidente, divergências entre pessoas razoáveis que se debruçarem nessa tarefa, principalmente nos chamados casos difíceis, em que não se encontram soluções *prima facie*, mas a atitude hermenêutica de buscar

215DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 229-230.

216Ibidem, p. 488-489.

a integridade é certamente uma forma de cercar o intérprete de parâmetros interpretativos objetivos, tais como: história, debates legislativos, precedentes, doutrina e princípios subjacentes às regras. Esse contexto deve ser observado como um todo coerente, descartando-se as interpretações que não se ajustam ao objetivo de tornar a comunidade de princípios melhor, mais justa. É uma verdadeira construção, o mais complexa e rica possível.²¹⁷ Identificamos aqui um duplo aspecto da teoria do Direito como integridade: a ideia de adequação e a ideia de justificação. Nas palavras de Katya Kozicki:²¹⁸

O direito como integridade é apresentado a partir de dois pressupostos que toda interpretação deve assumir: a) a ideia de adequação – *fit* – e b) a ideia de justificação – *justification*. A interpretação exigiria um complicado balanceamento entre ambos estes aspectos, que poderiam ser chamados de formais e substantivos, respectivamente. Formalmente, o juiz deve se indagar como a interpretação por ele produzida se adequa à história institucional da prática jurídica em questão e, em termos substantivos, o juiz deve procurar a interpretação que pode fazer desta prática a melhor possível.

Por isso, Dworkin compara a construção ou a interpretação do Direito com a elaboração de um *romance em cadeia*,²¹⁹ onde os juízes são igualmente atores e críticos. A cada decisão são introduzidos acréscimos na tradição interpretada, que assim vai sendo

217Como alerta Calsamiglia: “[...] El principio de igualdad formal supone el tratamiento igual de lo que es igual y desigual de lo que es desigual. Este constituye el concepto de igualdad. Sin embargo, este concepto común a todas las concepciones de la igualdad no sirve para dirigir la conducta humana, pues existen diversas concepciones que determinan lo que es igual y lo que es desigual. Por ejemplo, en nuestras sociedades se utiliza el criterio del mérito, el del resultado y el de las necesidades, entre otros. Cada uno de esos criterios especifica el concepto formal de igualdad y produce resultados distintos en su aplicación. El enfoque del derecho como integridad no sería escéptico respecto a estas aparentes contradicciones y trataría de indagar cuáles son las razones que convierten un criterio como el del mérito en adecuado para solucionar determinados problemas, mientras que, en cambio, para otros esta sociedad utiliza el criterio de las necesidades. El derecho como integridad trata de reconstruir la historia. Allí donde encuentra con criterios contradictorios trata de encontrar una explicación y trata, por tanto, de exigir que las distinciones entre criterios no se produzcan al azar, sino que respondan a razones públicas y justificadas”. (CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, p. 155-176, 1992). Na mesma linha, é a leitura de Thomas Nagel: “Según Dworkin, la interpretación jurídica debería tratar de descubrir la interpretación del derecho que hiciera su puesta en práctica justificable a la luz de la mejor justificación que se le puede dar del sistema total del derecho y del precedente al que pertenece, lo cual incluye la mejor justificación de la función del juez en dicho sistema. Esta tarea no es solamente autorreferencial, sino también normativa: el mejor sentido del derecho es el sentido que, relativo a las limitaciones de adaptación a lo ya dado, hace el sistema sea el mejor posible, el mejor, tanto en adaptación como en sustancia, equilibrado de forma que sea en sí mismo objeto de interpretación evaluativa. (NAGEL, Thomas. *Otras mentes*. Ensayos críticos 1969-1994. Trad. Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 246).

218Esse é o aspecto descritivo do texto da autora, que, ao depois, em uma perspectiva prescritiva, apresenta duras críticas à integridade em Dworkin (KOZICKI, Katya. *Existe uma resposta certa para o Direito e a democracia?* Repensando as relações entre o Direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 54, p. 39-56, 2001). Essas críticas serão abordada logo a seguir.

219DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-279.

densificada e melhorada à medida que é sistematicamente reinterpretada. Cada um, portanto, “deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”. Os romancistas-juízes têm de levar a sério seu labor de continuidade, devendo criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado e da melhor qualidade possível. Ou seja, devem tentar criar o romance como se fosse obra de um único autor, e não como produto de muitas mãos diferentes, promovendo a coerência principiológica da comunidade a que pertencem.

Essa empreitada exige que o intérprete faça uma avaliação geral da sua parte no romance, ou uma série de avaliações gerais à medida que o reescreve, formando uma teoria que lhe permita trabalhar com os elementos da trama. “Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema”.²²⁰ A interpretação adotada deve fluir ao longo de todo o texto, com um poder explicativo geral. Será, pois, mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto. Há aqui uma evidente semelhança com a coerência de MacCormick, que, a propósito, aceita expressamente essa metáfora dworkiniana do romance em cadeia.²²¹ Segundo MacCormick, a evolução da jurisprudência provoca um paulatino refinamento do princípio subjacente ao ramo do Direito em discussão, resultante da sua incessante sujeição a testes em casos diferentes, bem como do fortalecimento decorrente de sua adoção em situações novas.²²² Naturalmente, portanto, há

220DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 277.

221Em uma passagem de seu texto, o autor assim refere: “[...] O ato de interpretação jurídica, especialmente um ato interpretativo proferido por uma corte superior, é uma ato dentro de um processo de desenvolvimento de doutrinas ou princípios jurídicos. Ronald Dworkin propôs a iluminadora analogia do 'romance em cadeia'”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 305).

222Nesse ponto, podemos notar, mais uma vez, os influxos do pensamento de Richard Hare sobre a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, como se pode evidenciar da seguinte passagem do clássico texto de Hare: “A imprecisão na conduta é geralmente considerada uma coisa ruim e seria perigoso se os filósofos difundissem a idéia de que os princípios de conduta são imprecisos; pois não se pode esperar que a pessoa comum distinga prontamente em que sentido estão sendo denominados imprecisos. Ela naturalmente considerará que são como o primeiro tipo de princípio e que, porque são frouxos, não precisa preocupar-se em observá-los sempre, contanto que o faça com frequência suficiente para manter as aparências. Mas, nesse sentido, nosso princípio de conduta, como na verdade também a maioria dos princípios de capacidade, não são imprecisos de modo algum. O fato de que se fazem exceções a eles não é sinal de alguma imprecisão essencial, mas de nosso desejo de torná-los tão rigorosos quanto possível. *Pois o que estamos fazendo ao permitir classes de exceções é tornar o princípio não mais impreciso, mas mais rigoroso*. Suponha-se que partimos do princípio de nunca dizer o que é falso, mas que consideramos esse princípio como provisório e

um peso contrário à inovação do padrão jurisprudencial, sendo preciso que haja, ainda de acordo com o jusfilósofo escocês, boas razões consequencialistas acrescidas ao peso do princípio para que a balança seja favorável a uma decisão inovadora.²²³

Na linha dessas reflexões, Dworkin faz uma interessante indagação: “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso?”.²²⁴ A resposta, como não poderia ser diferente, é: “depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes”. Se coerência for apenas a repetição, pelo Poder Judiciário, de suas próprias decisões da forma o mais fiel possível, então não equivale à integridade. A integridade exige, sim, que as normas da comunidade sejam criadas e vistas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça. Mas, precisamente por isso, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá afastar-se da sua estreita linha de decisões passadas, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais a esse sistema como um todo.²²⁵ Há, portanto, o que Dworkin chama de “um teste de duas dimensões”, que serve para verificar o atendimento dos dois pressupostos da interpretação (adequação e justificação): a interpretação a ser dada pelo juiz deve ajustar-se à prática, mas também demonstrar a sua finalidade ou valor. “Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”.²²⁶

Isso parece confirmar que, efetivamente, o que Ronald Dworkin entende por integridade equivale, em boa medida, ao que Neil MacCormick chama de coerência, valor

reconhecemos que pode haver exceções. Suponha-se, então, que decidimos fazer uma exceção no caso de mentiras contadas em tempos de guerra para enganar o inimigo. A regra tornou-se agora “Nunca diga o que é falso, exceto em tempo de guerra para enganar o inimigo”. *Esse princípio, desde que a exceção torne-se explícita e seja incluída na formulação do princípio, não é mais impreciso do que era antes, mas mais estrito*” (HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 53-54, grifei).

223MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 207-208.

224Ibidem, p. 263.

225Ibidem, p. 264.

226DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 239. Ademais, na teoria dworkiniana sobre a integridade do Direito, há ainda algo um tanto óbvio, que ele chama de *prioridade local*. Tratando, para ilustrar essa ideia, de um precedente sobre danos morais – o caso *McLoughlin* –, Dworkin afirma que, na aferição da adequação das propostas interpretativas que possui diante de si, o juiz deveria irradiá-las em uma série de círculos concêntricos. Ele deveria, portanto, perguntar quais interpretações de sua lista inicial se ajustam aos casos de danos morais do passado, depois quais se ajustam aos casos de dano acidental à pessoa em termos mais gerais e, em seguida, quais se ajustam aos prejuízos a interesses econômicos, e assim por diante. “Esse procedimento confere uma espécie de prioridade local àquilo que poderíamos chamar de ‘áreas’ do Direito”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 300).

que, no interior do pensamento maccormickiano, também não impõe ao magistrado uma postura conservadora, apesar de ser, por si só, uma razão contra mudanças arbitrárias na jurisprudência. Para deixar essa assertiva mais clara, devo recorrer à literalidade da enunciação das ideias de MacCormick, em marcante trecho de uma de suas obras:²²⁷

Uma vez formulado, um princípio semelhante proporciona um fundamento que permite a posterior evolução da lei, desde que seja justificada pela conveniência (na opinião dos juízes) de medidas particulares de evolução, com base na “experiência cumulativa do judiciário”. Podemos tomar emprestada a metáfora de Dworkin e dizer que, a cada etapa, havendo um peso contrário à inovação, é preciso que haja boas razões consequencialistas acrescidas ao peso do princípio para fazer com que a balança seja favorável a uma decisão inovadora. E pode ser que o acúmulo de experiência judicial seja contrário a uma ampliação da confiança no princípio. Se, por outro lado, ele passar pelo teste de reavaliação numa linha uniforme de precedentes, pode vir a adquirir um peso tal que por seu próprio movimento consiga fazer pender a balança, a menos que lhe sejam contrárias razões de política ou de princípio que se contraponham a ele com peso considerado suficiente (como em *Rondel v. Worsley*). Ele deixa de ser simplesmente um princípio possibilitador, para ser compulsório, embora sujeito a ser derrubado.

Feita essa apresentação da coerência em MacCormick e da integridade em Dworkin, penso que devemos tratar de algumas críticas dirigidas a essas ideias.²²⁸ Antes,

227MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 208-209.

228Trago também, neste momento, uma crítica de Atienza voltada especificamente contra a teoria de MacCormick, nestes termos (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 150): “[...] Ao se concentrar nas decisões dos tribunais superiores, uma concepção como a de MacCormick produz também uma certa distorção do fenômeno jurídico, porque faz com que o aspecto argumentativo da prática jurídica pareça ter uma importância maior do que realmente tem. Por outro lado, essa delimitação do campo de investigação explica também o relativo abandono da argumentação com relação aos fatos (os problemas da prova), apesar de eles terem uma importância decisiva na maior parte das decisões jurídicas. Resumindo, MacCormick só dá conta de um aspecto bastante parcial da argumentação jurídica”. Efetivamente, MacCormick prioriza o problema da argumentação jurídica. Isso é uma opção metodológica. Não creio que, da leitura do texto do autor, possamos ter a impressão de que o aspecto argumentativo da prática jurídica pareça ter uma importância maior do que tem. O leitor da obra de MacCormick tem, segundo penso, a precisa dimensão do que quer o jusfilósofo. O próprio fato de ele problematizar os julgamentos ocorridos em tribunais indica a sua maior preocupação, mas isso está longe de significar que ele não dê atenção ao problema da prova. E aqui remeto ao seu conceito de coerência *narrativa*, nominado assim para diferenciá-lo da coerência *normativa* (aquela de que nos ocupamos neste estudo). A coerência narrativa compõe um capítulo inteiro – por ele chamado “Narrativas Jurídicas” – de seu texto publicado em 2005: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 279-306. Segundo o autor (Ibidem, p. 247), “há dois tipos de teste de coerência. O primeiro, que podemos chamar de teste da ‘coerência normativa’, se relaciona à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa. O segundo, que podemos chamar de teste da ‘coerência narrativa’, se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas. A coerência narrativa será, com exceção de algumas considerações preliminares, o objeto do próximo capítulo, enquanto a coerência narrativa é tema deste” [grifei]. Aproveito o ensejo para deixar claro que, neste trabalho, também estou preocupado com o

porém, é preciso que uma advertência seja feita: as críticas que consideraremos aqui serão tratadas na perspectiva do valor da coerência como um critério de justificação na argumentação jurídica. É dizer: apenas nesse estreito âmbito de consideração que equivale ao meu problema de pesquisa. Isso indica que não poderei abordar as críticas da coerência enquanto valor moral ou político apto a conferir legitimidade a um ordenamento jurídico, o que é, de fato, defendido por Dworkin e contestado, por exemplo, por Joseph Raz.²²⁹ O meu interesse é limitado ao que se poderia denominar de “metodologia da argumentação jurídica”, ainda que não pretenda fornecer aqui algum tipo de método que, se observado, possibilitaria a obtenção de respostas jurisdicionais corretas.²³⁰ Como a essa altura já deve ter ficado claro, a minha ideia é apenas indicar alguns critérios, a partir das teorias de MacCormick e Dworkin, necessários – mas não suficientes – para que a fundamentação das decisões judiciais seja a mais completa possível, permitindo a sua sindicabilidade.

Desse modo, para o enfrentamento das críticas sobre o uso da coerência na argumentação jurídica, terei necessariamente de aceitar que ela possui algum valor positivo para o Direito. Como a discussão sobre isso não será possível neste espaço, porquanto se trata de problemática que demandaria seguramente todo um trabalho, valho-me do fato de que, como refere Michelon, “a imensa maioria dos autores cujas obras constituem o atual cânone da teoria do direito e da argumentação jurídica concorda em afirmar o valor da coerência. Neil MacCormick, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Alexander Peczenick, entre muitos outros, estão de acordo quanto a isso”.²³¹ Há ainda, segundo o autor, um argumento adicional a indicar que a coerência tem alguma relevância para a argumentação no Direito.²³²

[...] O fato é que a prática argumentativa dos tribunais em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais aceita argumentos fundados na coerência como válidos (e altamente persuasivos). Essa divisão de trabalho da razão prática em que legisladores criam textos autoritativos e julgadores

“aspecto argumentativo da prática jurídica”. Isso – à evidência – não quer dizer que considere o debate sobre a prova algo de somenos importância. Trata-se, sem dúvida, de um outro relevante aspecto do Direito e da deliberação judicial, mas que não integra o presente problema de pesquisa. Para utilizar as expressões de MacCormick, a coerência abordada aqui é a *normativa* e não a *narrativa*.

229No texto *The relevance of coherence*, publicado na seguinte obra: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press, 1996. Para uma boa discussão sobre o argumento geral desse texto de Raz, vide o artigo citado aqui de Cláudio Michelon (MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278-285)

230Não acredito, aliás, que isso seja algo factível.

231MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278.

232Ibidem, p. 279.

operam a partir desses textos por meio de argumentos de coerência é uma parte da divisão institucional de poderes em todos esses países e pode ser considerada uma parte do *direito positivo* de cada um desses países. Esse arranjo é criado pela autoridade política e se beneficia de sua legitimidade. Nesses termos, a coerência não seria um tipo de argumento juridicamente aceitável por razões relacionadas à *natureza do direito*, mas sim por imposição do direito positivo. Esse argumento não é capaz de justificar que a coerência seja uma forma argumentativa necessária em qualquer dado sistema jurídico, pois a existência dessa divisão institucional de trabalho racional entre legislador e julgador é contingente. Mas isso talvez ajudasse a explicar porque a aceitabilidade de argumentos de coerência tanto na prática como por outros teóricos da argumentação jurídica não sofreu qualquer abalo após a publicação das fortes objeções levantadas por Raz, um dos mais influentes teóricos do direito na atualidade.

A partir desse necessário recorte metodológico, passo a tratar de algumas críticas a respeito da utilização da coerência na argumentação jurídica, aqui representadas pelo texto de Katya Kozicki, que, tendo por alvo o Direito como integridade de Ronald Dworkin, bem as sintetiza. Para Kozicki, “o sistema jurídico, por si só, não apresenta nenhum mecanismo que garanta que o direito como integridade, enquanto princípio, possa se realizar. Quaisquer possibilidades de que isto possa acontecer vão ocorrer na forma de respostas meta-jurídicas, ou externas ao sistema jurídico propriamente dito”. Dessa forma, não existiria “qualquer garantia, interna ao sistema, que permita concluir que esta perspectiva do direito como integridade seja viável, ou de que esta maneira de proceder seja a correta compreensão daquilo que efetivamente os tribunais fazem ou deveriam fazer”.²³³ A autora conclui por haver, então, um “dilema insuperável”:²³⁴

Aqui, volta-se a perceber um dilema insuperável: na aplicação do direito, na perspectiva da integridade, se faz necessária uma interpretação do direito que parte do pressuposto de que o seu sentido só se constitui a partir do próprio ato de interpretação. Neste ato de interpretação estão presentes as convicções morais e políticas dos juízes e as mesmas lhes servem de parâmetros para a busca da coerência que as decisões presentes e futuras devem manter com as decisões passadas – precedentes.

Além disso, Kozicki argumenta que a teoria de Dworkin, ao apostar na integridade/coerência, “não é capaz de explicar como este consenso pode ser obtido em meio à diversidade que o pluralismo pressupõe”. [...] Não existiria, assim, maneira “neutra” de se obter equilíbrio entre o consenso exigido pela integridade e o desacordo próprio do pluralismo

²³³KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o Direito e a democracia? Repensando as relação entre o Direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 54, p. 39-56, 2001, p. 51.

²³⁴Ibidem, p. 54.

de valores “e todo equilíbrio que pode vir a ser obtido será sempre provisório, sujeito a novas formas de articulação e negociações”.²³⁵ Dessa forma, para ela, “a visão de Dworkin de que é possível uma sociedade onde o direito expresse o povo através de uma só voz acaba por ser totalitária e antidemocrática em si mesma”.²³⁶

O circunstância de essas críticas serem direcionadas contra o Direito como integridade de Dworkin não impede, pelo seu teor, que se apliquem a qualquer teoria que aposte na coerência como um *standard* de argumentação jurídica. As investidas de Kozicki pressupõem o desvalor de uma composição coerente dos interesses de uma comunidade democrática, uma vez que estes são essencialmente plurais e variados. Ocorre que, para sustentar esse ponto de vista, a autora deveria ter oferecido argumentos capazes de convencer que a aceitação da indeterminação dos valores diante de sua pluralidade é melhor do que a busca de alguma coerência. É o que Dworkin defende quando refere que *a belief in indeterminacy is a positive claim, and its needs a positive assumption to support it*.²³⁷ Em outras palavras, o ceticismo em relação aos valores morais ou jurídicos diante de sua pluralidade é uma reivindicação tão positiva quanto a sustentação de sua coerência, necessitando justificação – diga-se assim – substantiva em seu favor. Não basta dizer, portanto, “os interesses são plurais, não há uma coerência entre eles e a democracia aceita essa pluralidade, de modo que o juiz não pode impor um único valor na composição do conflito”. Devem ser alinhavadas razões consistentes também em favor dessa postura moralmente cética. Mas avancei em uma zona que me comprometi em não abordar. Isso foi necessário apenas para demonstrar o déficit argumentativo da tese do desvalor da coerência colocada por Kozicki no texto sob enfoque.

No que interessa especificamente ao meu argumento, há um problema nessas

235KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o Direito e a democracia? Repensando as relação entre o Direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 54, p. 39-56, 2001, p. 53.

236Ibidem, p. 55.

237Dworkin, exemplificando com uma discussão sobre a aceitabilidade moral ou jurídica do aborto, sustenta que uma crença na indeterminação da resposta a essa questão é uma reivindicação positiva, e ela precisa de razões também positivas para apoiá-la. Há, portanto, três posicionamentos possíveis nessa discussão sobre o aborto, excluindo-se a incerteza: a aceitação do aborto, a sua rejeição e a indeterminação quanto a essas hipóteses. Segundo Dworkin, estamos tão em necessidade de um argumento para a terceira opinião – a indeterminação – quanto estamos quando queremos sustentar uma posição a favor de qualquer uma das outras duas opiniões. Assim, se um indivíduo acredita que o aborto é perverso, um segundo acredita que não o é e um terceiro sustenta que a questão é indeterminada, há três, e não duas, posições substantivas na discussão, e um eventual quarto observador necessitaria de argumentos positivos para se alinhar a qualquer uma dessas três posições. Vide: DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, Spring, 1996, p. 87-139.

críticas porque elas desembocam na aceitação da discricionariedade dos juízes, ou seja, endossam uma posição tão fatalista quanto a de Kelsen.²³⁸ O magistrado, para a autora, deparar-se-ia com um dilema no momento da decisão, pois “no ato de interpretação estão presentes as convicções morais e políticas dos juízes e as mesmas lhes servem de parâmetros para a busca da coerência que as decisões presentes e futuras devem manter com as decisões passadas”. Sem dúvida, os decisores não se despem de suas convicções morais e políticas apenas porque invocam a coerência. Nem MacCormick nem Dworkin sustentariam isso. Basta que nos lembremos aqui do texto de Santiago Nino, no qual o autor argumenta que mesmo um magistrado adepto do *positivismo ideológico*,²³⁹ ao tentar justificar sua decisão dizendo que o Direito vigente dispõe a solução que está adotando, deve pressupor pelo menos um princípio moral: o que prescreve a necessidade de observância de tudo o que o Direito posto determina. E precisamente daí que decorre a fragilidade dessa corrente de pensamento, porquanto este não é o único princípio moral válido nem mesmo o único que deve ser levado em conta pelos juízes em suas decisões.

Mas qual o melhor caminho a ser observado no ato decisório (mormente nos casos difíceis), considerando que o magistrado, notadamente no Direito brasileiro,²⁴⁰ não pode se eximir de julgar? Penso que, dentre as opções pela coerência e por critério algum, não hesitaria em escolher a coerência. O fato de o juiz ter de argumentar que a sua decisão não é fruto de mero arbítrio, pois há uma integridade do Direito a ser observada, pode não o despir de suas convicções pessoais sobre a justiça, mas é um elemento de constrição a sua fundamentação. Ele terá de argumentar que o seu pronunciamento é mais um capítulo do “romance em cadeia” e que, além disso, ele está apresentando esse “romance” sob a sua melhor luz. Dará, pois, razões públicas, que devem ser juridicamente aceitáveis, agregando, dessa maneira, mais um elemento de sindicabilidade a sua construção hermenêutica. E essa conduta promove valores e princípios indubitavelmente caros ao Direito. Valho-me, para justificar essa assertiva, da seguinte passagem de artigo de Amalia Amaya:²⁴¹

238Vide o capítulo “1.1” deste trabalho.

239NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 38-39.

240Em que vige o chamado “princípio da proibição do *non liquet*” (artigos 5º, XXXV, da Constituição e 126 do Código de Processo Civil).

241AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. *Doxa – Discusiones*, n. 10, p. 21-64, 2011. Diversos autores se propuseram a debater esse instigante texto de Amaya nessa mesma edição da revista *Discusiones*. É possível acessá-la em meio eletrônico. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/68094943769587053532279/index.htm>. Acesso em 29.5.2013.

[...] La coherencia tiene un valor instrumental en relación a ciertos objetivos considerados como centrales en el ámbito práctico y que son, sin duda, también valiosos en el contexto específico del Derecho. En concreto, la coherencia facilita la coordinación de las acciones de diversos agentes, algo que es, sin duda, de la mayor importancia en una empresa colectiva como es el Derecho. La coherencia también promueve la efectividad de las acciones conjuntas, ya que es más fácil que funcionen los planes de acción coherentes que las decisiones que se siguen de cursos de acción que se solapan o que son contradictorios entre sí, y por lo tanto, *cierto grado de coherencia parece fundamental para realizar con éxito la función del Derecho de regular y transformar la vida social*. Además, la coherencia incrementa la eficiencia de los planes de acción, puesto que *es más probable que se haga un uso eficiente de recursos cuando se persigue un conjunto de objetivos coherentes, y esto es sin duda importante para un uso racional de los recursos públicos*. La coherencia es también, como es bien sabido, *una herramienta fundamental para realizar valores específicamente jurídicos, tales como la seguridad jurídica. Una de las maneras en las que la coherencia promueve la seguridad jurídica es facilitando el conocimiento del Derecho, ya que es más fácil comprender y recordar un conjunto coherente de normas que una serie de normas inconexas*. La coherencia también promueve la eficacia jurídica, puesto que es mucho más fácil aplicar y seguir un conjunto de normas coherentes que un conjunto de normas que carecen de sentido en su conjunto. Finalmente, la coherencia es también útil para preservar la estabilidad social, que es un objetivo primordial de los ordenamientos jurídicos, y que requiere, como mínimo, que exista cierto grado de coherencia en la toma de decisiones jurídicas a lo largo del tiempo. [grifei]

Nessa mesma linha é a defesa do valor da coerência na argumentação jurídica feita por MacCormick. Ele sustenta que as várias regras do Direito seriam arbitrárias se não fossem consideradas pelos juízes e pelos legisladores desdobramentos de princípios mais gerais e menos numerosos. Desse modo, como poucas pessoas podem saber os pequenos detalhes do Direito, para que ele seja inteligível nos seus efeitos e previsível na sua aplicação, tem de ser representado concretamente por uma série razoavelmente pequena de princípios gerais, os quais podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade. Os juízes devem, portanto, contribuir para essa virtude do Direito, que em última análise é a segurança jurídica. Um Direito coerente é preferível a um incoerente, do mesmo modo que as interpretações coerentes – mesmo de um Direito potencialmente incoerente – são preferíveis às arbitrárias.²⁴² A própria necessidade de respeito à isonomia material e à equidade na argumentação jurídica impõe, em certa medida, a observância da coerência/integridade do Direito, como bem exemplifica MacCormick:²⁴³

[...] Ainda que o Direito não possa permanecer parado, a capacidade de reconciliação racional de uma decisão proferida num certo momento com

242MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 263-265.

243Ibidem, p. 306.

outras tomadas posteriormente é uma questão de equidade. Um homem condenado à prisão após ter sido malsucedido no uso do argumento de autodefesa num caso de homicídio vai querer saber por que uma mulher acusada de homicídio é, mais tarde, tratada de maneira diferente. Poderia, entretanto, haver uma explicação coerente por meio da interpretação da ideia subjacente de equidade para a defesa, mostrando por que considerações diferentes se aplicam ao caso de mulheres e homens em tais questões. Se de fato é assim, pelo menos a diferença de resultado será mais aceitável para um espectador razoável, um cidadão interessado com nenhum envolvimento pessoal em qualquer dos casos. Tal explicação deverá, portanto, tomar a posição mais aceitável também para o detento que se sentiu injustiçado.

O valor da integridade interpretado dessa maneira demanda uma certa coerência ao longo do tempo no desenvolvimento de normas jurídicas e sua respectiva interpretação. Não se trata de um substituto para a coerência que demandamos como questão de justiça formal entre as normas vigentes de um sistema num dado momento, mas sim uma exigência adicional. Idealmente, ao menos, a coerência normativa sincrônica demandada pela integridade é a coerência através do sistema, o qual, a cada momento de seu desenvolvimento, deve (na medida do humanamente possível) exibir coerência sincrônica enquanto um sistema momentâneo.

Para além dessas considerações, é bom frisar que as teorias aqui analisadas não têm na coerência um valor absoluto, acarretando um aprisionamento dos juízes ao passado. O dever de coerência impõe, sim, um constrangimento real e importante sobre os magistrados, mas concorre com os outros critérios de decisão (consequências e consistência) e com outras características ideais do Direito, como a justiça substantiva, a qual deve fatalmente ser perseguida pelos juízes, diante da sua obrigação de justificar a integridade da melhor forma possível, tentando enxergá-la sob sua melhor luz. Se for o caso de abandonar a linha jurisprudencial, os decisores terão um ônus argumentativo forte, mas não significa que não poderão fazê-lo, como vimos aqui. Por exemplo, em um determinado caso, pode ser que as consequências da observância da coerência, uma vez universalizadas, mostrem-se tão graves que constriam o juiz não a manter-se fiel à história jurisprudencial, mas a superá-la, fazendo-a evoluir. E é interessante notar que, ainda assim, se consideradas as teorias de MacCormick e Dworkin, o juiz não estará abandonando completamente a sua ligação com o dever de coerência, por pelo menos duas razões. Mesmo nesse caso hipotético, deverá considerar valores mais gerais e importantes aceitos pelo Direito para ver se é possível a superação do atual padrão decisório. Ademais, terá de pensar que uma nova história jurisprudencial será criada com o fim de manter-se, no futuro, coerente, além de universalizada. Vale lembrarmos o raciocínio de Dworkin sobre esse ponto. Para ele, a integridade não é apenas a repetição, pelo Poder Judiciário, de suas próprias decisões da forma o mais fiel possível. Ela exige, sim, que as normas sejam vistas de modo a expressar um

sistema único e coerente de justiça, mas, precisamente por isso, o juiz deverá às vezes afastar-se da linha de decisões passadas, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais ao ordenamento jurídico como um todo.²⁴⁴

Por tudo isso, considero equivocada a acusação de Kozicki no sentido de que “a visão de Dworkin de que é possível uma sociedade onde o direito expresse o povo através de uma só voz acaba por ser totalitária e antidemocrática em si mesma”. Sob o ângulo da argumentação jurídica, parece-me “totalitária e antidemocrática” a visão de que o juiz pode aplicar livremente suas concepções subjetivas de justiça, sem compromisso com a coerência, para resolver os litígios sociais. É a isso que chegaríamos caso aceitássemos as críticas ora examinadas: afinal de contas, se os interesses das pessoas e, por conseguinte, os princípios são plurais, e não é possível chegarmos a uma coesão nesse campo, o magistrado estará autorizado a recorrer a seus próprios valores e princípios (idiossincráticos, portanto) como base legítima para o problema da decidibilidade nos casos difíceis. O juiz, assim, deixaria de ser seguidor para ser “senhor” do Direito. Deveras, não me parece possível conceber que o compromisso com a integridade do ordenamento jurídico seria uma postura “totalitária” e a aceitação de que o decisor aplique o Direito com a mais ampla e irrestrita discricionariedade seria uma conduta que melhor respeitaria os “valores democráticos”. Como diz Amaya, a aposta na coerência é *una vía intermedia entre las concepciones formalistas y las concepciones escépticas de la justificación*.²⁴⁵

[...] Las teorías coherentistas en el Derecho surgen para remediar algunos de los problemas que aquejaban a las concepciones positivistas formales: *las consecuencias indeseables de las tesis positivistas en relación a la discreción judicial en casos difíciles*, la dificultad del positivismo formal para dar cuenta del papel que juegan las razones morales en el derecho, el descontento con una concepción convencional de las fuentes del derecho y la insatisfacción con una teoría deductivista del razonamiento jurídico. Frente a la concepción piramidal del conocimiento jurídico, al fundacionalismo acerca de la justificación jurídica, y a la aproximación deductivista al razonamiento jurídico, que son piezas claves del positivismo clásico o formal, el coherentismo propone una concepción reticular del conocimiento jurídico, una teoría coherentista de la justificación jurídica, y una visión holista de las inferencias en el Derecho, *con el objetivo -y ésta es, me parece, la aspiración principal del proyecto coherentista en el Derecho- de ofrecer una concepción más amplia de las fuentes del derecho y de las formas legítimas de argumentación jurídica en base a las cuales se pueda articular una solución al problema de la discreción judicial*. [grifei]

244DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264.

245AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. *Doxa – Discusiones*, n. 10, p. 21-64, 2011.

Há, ainda, dois argumentos de Kozicki que devem ser abordados. O primeiro deles é a alegação de que qualquer equilíbrio entre o consenso exigido pela integridade e o desacordo próprio do pluralismo de valores só pode ser obtido de maneira provisória, estando sempre sujeito a novas formas de articulação e negociações. Não vejo problemas em aceitar essa “crítica”. A argumentação jurídica supõe a provisoriedade desse arranjo. O juiz será sempre desafiado, quando chamado a compor um litígio, a justificar ou a manutenção do padrão jurisprudencial ou a necessidade de fazê-lo mudar, criando um novo “romance em cadeia”, sem se desgarrar do Direito, como vimos. Isso, aliás, nada mais é do que o caráter excepcionalizável (*defeasibility*) da argumentação jurídica,²⁴⁶ que consiste em assumir que um determinado arranjo normativo no Direito está permanentemente aberto à revisão, à objeção válida ou à anulação. Ele vale plenamente até o momento em que seja consistentemente alterado por força de uma argumentação melhor. Essa característica do Direito se coaduna perfeitamente com o equilíbrio provisório, sustentado por Kozicki, entre o consenso da integridade e a pluralidade da democracia. Parece não haver problemas que assim o seja, de modo que a *defeasibility* só faz confirmar as teorias de Dworkin e MacCormick.

Por fim, devo comentar a objeção de que a coerência não seria um critério “jurídico” de contenção da discricionariedade. Essa objeção, sem uma fundamentação adicional no sentido de explicitar o que se considera como “jurídico”, perde toda a sua força. Já foi dito que uma das mais marcantes características do juspositivismo é uma tentativa de separação entre Direito e moral,²⁴⁷ o que nos remete à infundável discussão teórica sobre *o que é o Direito*. Porém, independentemente desse debate, é possível sustentarmos que a coerência é um cânone da argumentação jurídica passível de proporcionar-lhe maior objetividade e racionalidade. Saber se ela é ou não efetivamente “jurídica” importa, mas não para aferirmos a sua funcionalidade enquanto cânone argumentativo. Seja como for, eu a assumi aqui como

246MacCormick conceitua *defeasibility* desta maneira (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311): “O que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou ‘fato institucional’ pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se como inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcional (defeasible), e os eventos invalidantes provocam exceção (*defeasance*)”.

247CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

um critério jurídico, até porque a coerência de que estamos tratando não pode funcionar sem o requisito adicional da universalizabilidade, decorrência direta do princípio da isonomia. Além disso, vimos que há uma espécie de cooriginalidade entre coerência e princípios jurídicos, o que é defendido tanto por MacCormick como por Michelin²⁴⁸, para quem “o argumento de coerência 'ancora' argumentos jurídicos que utilizam princípios ao sistema jurídico. O julgador que argumenta por coerência não utiliza critérios não jurídicos de decisão”.

Penso não ser necessário que nos estendamos ainda mais neste capítulo. O valor da coerência no Direito e, mais precisamente, na argumentação jurídica continua, à evidência, sendo passível de maior problematização, mas – como penso ter deixado claro – uma discussão profunda sobre isso deve ser objeto de outro estudo, que aborde, de preferência, apenas essa temática como problema de pesquisa. Enfim, é preciso prosseguir.

2.3 A necessidade de observância da consistência na interpretação de textos normativos

Descrita a exigência da coerência decisória, devo considerar o “terceiro C” da teoria da argumentação maccormickiana: a consistência.²⁴⁹ Trata-se de mandamento muito simples, mas essencial à validade do Direito: “não contradirás normas do Direito estabelecidas e vinculantes”.²⁵⁰ Claro que há sempre o problema de saber quando se está contrariando uma regra jurídica, tendo em vista a polissemia e a fluidez das palavras de qualquer enunciado de lei, todos semanticamente abertos – ainda que uns mais do que outros –, por ser característica própria à linguagem. Mas, por outro lado, é evidente que existem “limites para a flexibilidade da linguagem e para a maleabilidade das leis expressas em

248MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277.

249Aqui vale um esclarecimento. Na tradução de *Legal Reasoning and Legal Theory* utilizada neste estudo (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006), foi utilizada a expressão “coesão” para descrever essa terceira exigência. Prefiro, porém, utilizar “consistência”, que me parece mais adequada para ilustrá-la. No original (MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978), o termo de que se vale o jusfilósofo é, precisamente, “consistency”.

250MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 255.

linguagem”,²⁵¹ e são justamente esses limites que devem ser respeitados pelo julgador, que não poderá atribuir a um texto um sentido que deixe de ser minimamente consistente com a moldura de significados possíveis. Com efeito, a aceitação de que a norma é resultado da interpretação de um texto e que de um mesmo texto pode ser extraída mais de uma norma jurídica (regra ou princípio) não equivale a um cheque em branco para a descon sideração do enunciado normativo, que, uma vez aprovado democraticamente pelo parlamento, tem – insista-se – limites, sendo vedado ao intérprete subvertê-lo.

Isso, porém, não corresponde à ideia de que o intérprete deva *necessariamente* atribuir um “sentido literal” para os enunciados de lei. Até mesmo porque o próprio “sentido literal” é algo aberto a discussões, dado o caráter de *defeasibility* da argumentação jurídica. Lembremo-nos aqui do conceito de “casos claros” para MacCormick: aqueles que alguém ainda não problematizou. A “obviedade”, portanto, de uma interpretação das palavras que compõem um ato normativo depende muitas vezes do entendimento sobre o princípio ou os princípios que nortearam a sua promulgação.²⁵² Nessa linha é também o argumento de Dworkin, para quem a “clareza” ou a “obscuridade” de um texto legal não são definidas invariavelmente pela presença ou não de ambiguidades ou imprecisões nas palavras que o compõem.²⁵³ Haverá casos nos quais o respeito à integridade do Direito indicará que o melhor sentido da lei não é aquele extraível *prima facie*. Da mesma maneira, ocorrerão situações em que as possíveis consequências juridicamente inaceitáveis de uma interpretação “literal” do enunciado normativo a contraindicarão.

Por outro lado, a vedação à atribuição de sentido minimamente consistente com o texto também não equivale à necessidade de que seja buscada uma suposta “vontade do legislador”.²⁵⁴ Os debates legislativos e o histórico da tramitação da lei são, sem dúvida, materiais jurídicos a serem considerados pelo intérprete até mesmo para a demonstração da integridade do Direito, mais isso não significa que sejam determinantes, tampouco que seja possível descobrirmos um momento canônico do histórico legislativo que nos revele a

251MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

252MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 267.

253DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 419-424.

254Penso, aliás, que essa expressão é necessariamente metafórica. Devemos entender, quando uma pessoa diz “a vontade do legislador é tal”, apenas que ela está indicando qual o sentido que considera correto para determinada lei.

inequívoca intenção ou vontade do elaborador da lei. Não precisamos nos estender nessa explicação. O meu objetivo é apenas registrar que a consistência também não significa “investigação da vontade do legislador”.²⁵⁵

Em síntese, a exigência de consistência é o dever de respeito aos limites semânticos do texto, que propiciam uma estabilidade mínima na linguagem para que exista comunicação entre as pessoas. Pode ser que alguém apresente em juízo uma argumentação que desperte compaixão, que esteja bem fundamentada em princípios ou em bons argumentos consequencialistas, mas, se não demonstrar que o texto da lei é capaz de sustentar um significado compatível com a decisão almejada, não deverá ter êxito.²⁵⁶ E aqui volto a insistir em um ponto: os limites semânticos de um texto estão abertos à discussão. É uma matéria que pode ser controvertida pelas partes. Uma delas poderá, por exemplo, recorrer de um sentença ao fundamento de que o juiz não respeitou o dever de consistência da interpretação. A outra parte defenderá que a interpretação dada pelo magistrado ao enunciado normativo é, sim, nele cabível. Dizendo-o de outro modo, a consistência é um dever a ser observado pelos atores jurídicos, muito embora a verificação de sua observância ou não nos casos concretos não seja, em muitas situações, uma tarefa fácil. É, portanto, mais um elemento contendor da discricionariedade judicial sobre cujo respeito poderão controverter as partes nas lides forenses.

Evidentemente, há fortes razões de princípio que impõem essa exigência de não subversão dos sentidos dos textos legais. A primeira delas – e mais óbvia – é o princípio constitucional da separação harmônica e funcional do Poder (artigo 2º da Constituição de 1988). Ora, se os juízes pudessem desconsiderar completamente o texto das leis, eles (os

255Ainda assim, vale deixar consignada a posição de Dworkin sobre essa suposta “vontade do legislador”. Ao indagar acerca de quem são os autores de uma lei, o jusfilósofo elenca perguntas que nos levam a ter muitas dúvidas sobre a possibilidade de sequer conhecê-los com precisão: “O estado de espírito de quais pessoas serviu para fixar a intenção que subjaz à Lei das Espécies Ameaçadas? Seria o dos membros do Congresso que a promulgaram, inclusive daqueles que votaram contra? Seriam as ideias de alguns – por exemplo, daqueles que falaram, ou falaram com mais frequência nos debates – mais importantes que as ideias de outros? Que dizer dos funcionários e auxiliares administrativos que prepararam os projetos iniciais? E o que dizer do presidente que assinou o projeto e o transformou em lei? Será que suas intenções não têm mais valor que a de qualquer senador em particular? E o que dizer dos simples cidadãos que escreveram cartas a seus congressistas, prometeram ou ameaçaram votar a favor ou contra eles, fazer ou negar-se a fazer contribuições de campanha, dependendo do modo como eles votassem? E quanto aos vários *lobbies* e grupos de ação que desempenharam seu papel, atualmente considerado normal? [...] Há uma complicação adicional. Uma lei deve sua existência não apenas à decisão de algumas pessoas para promulgá-la, mas igualmente à decisão de outras pessoas, posteriormente, no sentido de não a emendar ou revogar”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 382-383).

256MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 269.

textos) não mais seriam necessários, e o espaço de ação do parlamento ficaria muito reduzido, senão eliminado. Além disso, a estabilização semântica dos enunciados normativos confere um certa dose de objetividade ao ato interpretativo e, desse modo, oferece uma garantia mínima de segurança jurídica e previsibilidade. Em outras palavras, é uma garantia de que, para todas as pessoas, o *não* nunca poderá ser o *sim* ou, no caso de que nos ocuparemos adiante, uma garantia de que a *proteção da integridade física do preso* nunca significará que *ele não deve ter sua integridade física protegida pelo Estado*. Não preciso dizer aqui que o dever de coerência também deve ser legitimado por sua universalizabilidade, de modo que efetivamente *todos* os que potencialmente se vejam na contingência de serem atingidos pela decisão que fixa os sentidos de um ato normativo recebam o mesmo tratamento.

Isso tudo – permito-me corroborar o argumento – não equivale a dizer que o julgador sempre deva preferir um sentido mais óbvio do enunciado a qualquer outro. Não. Vimos que a própria “obviedade” ou a “literalidade” de um texto estão abertas a discussões. Sem olvidar essa circunstância, MacCormick procura descrever o ônus argumentativo imposto a quem desejar utilizar as palavras da lei no seu sentido menos usual. Por sua didática e poder explicativo, vale a pena a transcrição do respectivo excerto da obra do autor:²⁵⁷

Existem, de fato, dois requisitos a serem atendidos por advogados que procuram convencer um tribunal a adotar um significado menos do que óbvio para o texto oficial da lei. Em primeiro lugar, eles devem convencer o tribunal de que o sentido segundo o qual desejam que o tribunal interprete as palavras é um sentido que pode ser atribuído a essas palavras em termos compatíveis com o uso do idioma inglês, mesmo que não seja o mais óbvio. [...]

O segundo requisito, embora não seja suficiente em si, é indubitavelmente necessário. Os tribunais não aplicam nem deveriam aplicar leis em sentidos menos óbvios, em vez de mais óbvios, se não tiverem bons motivos para fazê-lo. Toda a argumentação deste livro tem sido a de que as razões que constituem “boas” razões para agir desse modo são as razões consequencialistas, razões de princípios jurídicos ou (com maior peso) os dois tipos em operação associada.

Penso ser interessante ressaltar ainda uma outra reflexão de Dworkin pertinente ao assunto. Ele entende que o respeito aos limites semânticos do texto faz parte da própria integridade do Direito. Assim, se um juiz estiver convencido de que a lei admite *apenas uma determinada interpretação*, ele deverá colocá-la em prática para a composição do litígio mesmo que a considere injusta ou incoerente com a principiologia geral do ordenamento

²⁵⁷MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 269-270.

jurídico. Essa conduta respeita a integridade do Direito, pois também faz parte dela o princípio da supremacia legislativa. Nas exatas palavras de Dworkin:²⁵⁸

[...] Se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, excetuando-se o impedimento constitucional, ele deve colocar em prática essa interpretação como sendo o direito, mesmo que considere tal lei incoerente, em princípio, com o direito entendido em seu sentido mais amplo. Ele pode pensar que o legislativo deveria corrigir a incoerência com uma legislação posterior, não apenas ou necessariamente com base em um sentido de justiça, mas porque o legislativo é também um guardião da integridade. Mas isso não afetará o que, para ele, é o direito.

Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada, por si só, matéria relevante, *então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais.* [grifei]

A ideia de consistência, mesmo bem depurada como a exposta neste capítulo, não é infensa a críticas. Uma crítica particularmente interessante provém de Manuel Atienza. Ele faz, na sua expressão, uma análise “ideológica” desse aspecto da teoria de MacCormick, entendendo-a muito conservadora. Atienza diz que, se aceitarmos o pensamento maccormickiano, as “decisões totalmente inovadoras nunca poderiam ser justificadas”, pois a superação do sentido mais óbvio do texto só pode ocorrer se concorrerem duas circunstâncias: (1) a interpretação menos óbvia estiver mantida dentro do significado possível do texto e (2) houver boas razões consequencialistas ou a partir de princípios (ou ambas) a favor disso. Ademais, o autor critica o fato de os argumentos de coerência terem como limite o requisito da consistência. A partir dessas reflexões, elenca alguns questionamentos que supostamente colocariam em dúvida a legitimidade jurídica da exigência de consistência na argumentação dos juízes, tais como: “Nunca se poderia justificar uma violação do princípio da consistência (com relação às normas ou aos fatos) em benefício de maior coerência?” “Nunca seria possível o uso de uma argumentação analógica ou a partir de princípios que deixassem sem aplicar alguma norma 'obrigatória'”? “Como poderia utilizar a teoria de MacCormick um juiz que estivesse enfrentando um caso com relação ao qual tivesse a opinião de que o Direito positivo, como tal, não fornece uma solução justa?”²⁵⁹

258DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 479.

259ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 150-152. A propósito, essa concepção de Atienza aproxima-se muito de uma ideia defendida, de um modo geral, pelos adeptos do movimento do Direito Alternativo no

Penso que Atienza faz um bom exame da ideia de consistência na argumentação jurídica: essas exigências aos juízes, descritas pelo autor, são mesmo impostas pelo dever de consistência. Por outro lado, não considero uma postura conservadora a observância desse dever, mas uma necessidade decorrente da própria integridade do Direito, como entende Dworkin. A integridade ou a coerência do Direito exigem que os decisores levem em consideração os princípios da separação harmônica do Poder, da isonomia e da segurança jurídica, todos promovidos pela necessidade de respeito aos limites semânticos do texto legislativo.²⁶⁰ A resposta às críticas e às indagações de Atienza pode, portanto, ser extraída do pensamento de Dworkin expressado no trecho acima transcrito, notadamente quando afirma que “se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, *excetuando-se o impedimento constitucional*, ele deve colocar em prática essa interpretação como sendo o direito”.

O que nos diz Dworkin? A “saída” para um magistrado que esteja convencido de que o texto não lhe permite a interpretação mais justa para a composição da lide deve ser a *declaração da inconstitucionalidade* do dispositivo de lei. É isso que o autor nos informa quando excetua as hipóteses de *impedimento constitucional* da observância do dever de consistência. E essa solução é perfeitamente compatível com a imposição de respeito à integridade/coerência do Direito. Ao proceder a esse exame (de respeito à integridade/coerência), o magistrado, evidentemente, deverá analisar a Constituição, interpretada como um todo coerente, e a partir daí poderá chegar a duas conclusões: (1) que o texto da lei, observados seus limites semânticos, é incompatível com o ordenamento

Brasil, como podemos depreender da seguinte passagem de texto de Amilton Bueno de Carvalho: “Entendo que a lei injusta não deve ser aplicada. Evidente que o Juiz não é computador. *Deve pensar a lei em todas as possíveis interpretações e, não encontrando nela respaldo para o justo, deve negá-la*. Os anseios sociais assim exigem. É de se notar que não pretendo que se coloque o Judiciário acima dos outros Poderes, entendendo que ele é superior. Não, o que quero dizer é que o compromisso é com o jurisdicionado; a busca de solução justa para o conflito está acima do dispositivo legal. Parece-me cada vez mais claro que o mundo do Juiz, o seu campo de luta, o local onde realiza sua obra de arte, sua fonte de realização pessoal, e onde sela seu compromisso com a sociedade, é no reinado do caso concreto. Ali ele é soberano para buscar a justiça. Ao legislador cabe a criação de normas genéricas, tão-só”. (CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38).

²⁶⁰Em um sentido semelhante, tem-se o entendimento de Nagel sobre a integridade do Direito, na qual se inclui uma reflexão sobre a função dos tribunais, cuja melhor interpretação não deve ser a que lhes confere uma discricionariedade absoluta a ponto de desconsiderar os textos legais: “Dicho método [a integridade] parece darle al juez libertad total para insertar su política dentro del derecho, en casos controvertidos, para interpretar la ley como lo que él hubiera votado como legislador. *Pero esto no es así, porque el papel de los tribunales es, en sí mismo, una cuestión de interpretación jurídica, y la mejor lectura de su papel en el sistema político en general no le garantiza una discreción total em los casos controvertidos*. [grifei] (NAGEL, Thomas. *Otras mentes*. Ensayos críticos 1969-1994. Trad. Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 247).

constitucional, oportunidade em que deverá declarar o vício, afastando a sua aplicação do caso; (2) que o texto da lei é compatível com a Constituição, quando deverá aplicá-lo sem desobedecer aos seus limites interpretativos e conformar-se com essa solução. Nessa segunda hipótese, restar-lhe-á apostar em uma revogação da lei ou em uma mudança da Constituição, mas a elas não poderá sobrepor seu sentimento pessoal de justiça, porquanto, nos termos da teoria dworkiniana, “qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais”.²⁶¹

Visto o último parâmetro de controle da discricionariedade judicial, a consistência da interpretação, estamos aptos a testar as ideias até aqui esboçadas. E o faremos por meio da análise de algumas decisões de tribunais brasileiros sobre o polêmico tema da judicialização da política penitenciária. A derradeira parte deste trabalho será dedicada inteiramente a essa tarefa.

²⁶¹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 479.

III ANALISANDO O DISCURSO DE TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE A POLÍTICA PENITENCIÁRIA DO ESTADO

3.1 Um conceito de política pública e a base normativa da política pública penitenciária

O motivo pelo qual faço questão de me deter em algumas linhas sobre o conceito de política pública e sobre a base normativa da política penitenciária é duplo: em primeiro lugar, para enfocar a complexidade desse fenômeno, o que nos levará à conclusão de que não é fácil a sua absorção pelo Poder Judiciário; em um segundo lugar, para fixarmos o sentido de “política pública penitenciária” adotado para o fim de sindicabilidade das decisões apresentadas na sequência.

Pois bem. Consta da literatura especializada que “não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública”.²⁶² Apesar disso, parece haver alguns elementos comuns nas definições, que possibilitam a exigência de requisitos mínimos para a caracterização de algum fenômeno como uma política pública, quais sejam: a participação do *governo* e as noções de *atividade* e *objetivo*.

O primeiro desses elementos comuns – a presença, ainda que implícita, do *governo* – volta-se para o local onde os embates em torno de interesses, preferências e ideias na formulação da política se desenvolvem. Assim, “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.²⁶³ Aceitar, todavia, essa premissa não equivale a dizer que as políticas sejam sempre definidas exclusivamente por aqueles que estão no poder; também, por outro lado, não significa que reflitam apenas as pressões de grupos de interesse. Nesse processo de definição de políticas públicas, pode-se aceitar uma autonomia relativa do Estado, atuando por meio daqueles que estão à frente de sua gestão (o governo), no sentido de que tenha um espaço próprio de atuação, muito embora permeável a influências externas e internas. Dessarte, apesar dos

262SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 65-86.

263Ibidem.

influxos exercidos por grupos de interesse ou movimentos sociais na formulação das políticas, eles não inibem a capacidade das instituições governamentais de formulá-las, deixando, contudo, essa tarefa ainda mais complexa.²⁶⁴

Seja como for, uma vez aceitável a identificação da política pública com o *governo em ação*, um segundo elemento comum às definições nos remete à noção de *atividade*. Essa noção parece bem presente na explicação do fenômeno feita por Enrique Saravia,²⁶⁵ para quem se trataria de “um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”. É interessante que as políticas, na visão do autor, não possuem uma racionalidade manifesta, porquanto se desenvolvem por meio de decisões condicionadas pelas próprias reações e modificações que provocam no tecido social, bem como por valores, ideias e visões de mundo dos responsáveis pela tomada de tais decisões. Não é, portanto, uma ordenação tranquila, havendo uma intensa complexidade inerente ao fenômeno.

Para Renato Casagrande e Roberto Freitas Filho,²⁶⁶ o elemento *atividade* também é essencial ao conceito de política pública. Dizem eles que “as políticas públicas são atividades próprias da ação governamental, mas não são tudo o que é produzido pelo Estado”, sendo “ínsito ao conceito de políticas públicas que elas agreguem elementos políticos, econômicos, sociais, organizacionais, relativos à gestão pública, na forma de processos juridicamente disciplinados”. Da mesma forma, Eros Grau²⁶⁷ entende que “a expressão *política pública* designa a *atuação do Estado*, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”. Parece, pois, indissociável do conceito de política pública a noção de atividade, que também pode ser entendida como um caminhar, uma atuação, um programa de ação, uma cadeia de decisões ou um processo.

Nesse sentido, merece destaque a evolução do conceito de política pública cunhado por Maria Paula Dallari Bucci. Em trabalho publicado no ano de 2002, a professora

264Estou optando aqui por essa síntese feita por Celina Souza, embora não desconheça a existência de correntes que enfatizam a política pública como um produto institucional ou como preferência das elites. Ver, para tanto: DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora da UnB, 2009.

265SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). *Políticas públicas*. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 28-29.

266CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. *O problema do tempo decisório nas políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 25.

267GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25-26.

assim a conceituou:²⁶⁸

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Posteriormente, em um artigo publicado em 2006,²⁶⁹ Bucci incrementa o conceito. E a justificativa que oferece para isso centra-se no fato de que a definição original estava carente de um maior desenvolvimento sob o aspecto processual, de modo que “a política pública só pode ser compreendida como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos”. E evolui para a seguinte conceituação:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

É, portanto, precisamente no aspecto da identificação da política como atividade ou, nas citadas palavras da autora, “como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos” que o conceito avança. Essa clara evolução conceitual já foi apreendida em um caso prático de avaliação de uma política pública. Trata-se de trabalho levado a efeito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em que se publicizou a avaliação do “Programa Arte, Cultura e Cidadania – Cultura Viva”, conduzido pela Secretaria de Cidadania Cultural do Ministério da Cultura (SCC/MinC). O conceito de Maria Paula Dallari Bucci foi utilizado como parâmetro de definição de política pública pelos avaliadores, que assim sintetizaram a evolução havida:²⁷⁰

A incorporação das expressões *processo* e *conjunto de processos juridicamente regulados* (BUCCI, 2006,) ao conceito e não à visão geral das políticas públicas, em que este elemento já estava presente, é um aprimoramento da visão instrumental e formal em comparação ao primeiro

268BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

269BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

270SILVA, Frederico A. Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery (Orgs.). *Cultura Viva: avaliação do programa arte educação e cidadania*. Brasília: IPEA, 2010, p. 20.

texto. Ela decorre da percepção da importância do aspecto processual da política pública, mesmo que em registro jurídico, pois a mesma deve ser percebida como um conjunto juridicamente ordenado de atos, mas também de ações (“atividades” que não coincidem com atos juridicamente delimitados) e arranjos institucionais complexos.

Essa identificação da política pública com atividade ou processo fica bem nítida quando levamos em consideração as chamadas fases, estágios ou etapas da política. Em cada uma dessas fases, os atores, as coalizões e as ênfases são diferentes, podendo ser sequencialmente descritas desta maneira: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação.²⁷¹ Passo a descrever rapidamente cada uma delas. A *agenda* é momento inicial da política pública, é a fase de inclusão de determinado pleito ou necessidade social na lista de prioridades do poder público. Equivale, na sua acepção mais simples, ao estudo e à explicitação do conjunto de processos que conduzem os fatos sociais a adquirir *status* de “problema público”. *Elaboração* é a etapa seguinte e consiste na identificação e delimitação de um problema atual ou potencial da comunidade, com a determinação das possíveis alternativas para sua solução, bem como a avaliação dos custos e efeitos de cada uma delas e o estabelecimento de prioridades. Na *formulação*, terceiro estágio, é selecionada e especificada a alternativa considerada mais conveniente, com uma explicação da decisão adotada e a definição dos objetivos e marcos jurídico, administrativo e financeiro. A quarta etapa da política pública é a *implementação*, que se constitui pelo planejamento e organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários para sua execução (da política). É quando se elaboram todos os planos, programas e projetos que permitirão pô-la em prática. Ao depois, temos a *execução* propriamente dita da política pública e seu *acompanhamento*, passando, finalmente, para sua *avaliação*. *Aquela* pode ser traduzida como o conjunto de ações destinado a atingir os objetivos estabelecidos, ou seja, é a própria realização da política; *esse* é o processo sistemático de supervisão da execução da atividade, objetivando fornecer a informação necessária para introduzir eventuais correções destinadas à efetiva consecução dos objetivos; e *esta última* consiste na análise, *a posteriori*, dos efeitos produzidos na sociedade pela política, as realizações e consequências desta.

Marcada a noção de atividade como inerente ao conceito de política pública,

²⁷¹Tais como elencadas por Enrique Saravia. A descrição dessas etapas feita a seguir é um resumo da didática exposição do autor (SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). *Políticas públicas*. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 32-35).

analiso agora o terceiro e derradeiro requisito mínimo de formatação do fenômeno: o *objetivo*. Trata-se de requisito autoexplicativo. A política visa a alguma coisa no mundo fático, seja para transformá-lo, seja para mantê-lo. Como seu aspecto – diga-se assim – subjetivo é a presença do governo, o objetivo da política pública se associará, fundamentalmente, aos propósitos governamentais, sendo muitas vezes a concretização de promessas eleitorais. No entanto, a política pública, caracterizando-se ou não como a concretização de um programa político-partidário, terá necessariamente atrelado a sua intervenção no mundo um fim juridicamente reconduzível. Na maioria dos casos será o de desenvolver direitos previstos na Constituição da República, notadamente econômicos, sociais e culturais, veiculados comumente em normas de caráter programático. “A implementação desses direitos depende, portanto, da realização de políticas públicas”.²⁷²

A partir dessas características básicas do fenômeno e para um acordo semântico, deixo claro que estou considerando aqui o termo “política pública penitenciária” como um aspecto da política de segurança pública, esta de abrangência maior. Identifico aquela, portanto, apenas com as ações relativas à administração carcerária propriamente dita (construção, reforma, ampliação e gerenciamento de casas prisionais). A sua base normativa, tal como o fenômeno em si, também é complexa, cumprindo um itinerário que começa na Constituição, passa pela legislação ordinária e termina nos atos normativos infralegais e nos atos de execução material praticados pela unidade federada responsável pela respectiva casa prisional.

Quanto ao tema, a Constituição de 1988 dispõe, no seu artigo 24, inciso I, que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito penitenciário”, de modo que ao ente público federal cabe tão somente a edição de normas gerais (parágrafo primeiro do mesmo dispositivo). Isso quer dizer que, em matéria de políticas públicas penitenciárias, a nossa Lei Maior adotou um modelo semidescentralizado. No nível legislativo federal, temos disposições insertas na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) que positivam as normas gerais cujo estabelecimento, como dito, compete à União (notadamente os artigos 69 a 104). Dentre essas disposições constam desde os órgãos encarregados de supervisionar as políticas penitenciárias até os requisitos ideais de salubridade que devem ser respeitados pelas celas das casas prisionais. Além disso, ainda no âmbito da legislação

²⁷²CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. *O problema do tempo decisório nas políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 25.

nacional, há a Lei Complementar 79/94, criadora do FUNPEN – Fundo Penitenciário Estadual –, “com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”, conforme a redação de seu artigo 1º. Por fim, há os atos legais e administrativos (estes de cunho material e normativo) editados pelos Estados-membros, em cumprimento à competência que a Constituição lhes atribuiu. É a dimensão mais importante da política pública penitenciária, pois é ali que se definirão as diretrizes específicas e o planejamento de cada sistema prisional, bem como a gestão propriamente dita da rotina do cárcere.

3.2 As decisões selecionadas para análise

Para testar as ideias aqui esboçadas, selecionei cinco decisões de três diferentes tribunais estaduais da Federação, as quais pretenderam dispor sobre a política pública penitenciária – ou parte dela – dos respectivos estados-membros, porém não incorporaram a complexidade da temática. A base do discurso foi formada por invocações de princípios e valores constitucionais, sem a preocupação de deixar explícitos os limites interpretativos desses postulados, reproduzindo, portanto, o novo senso comum teórico. Em outras palavras, a abordagem ateu-se ao âmbito de justificação interno (silogismo jurídico). Não será muito difícil perceber, pois, que a impossibilidade de aferição dos parâmetros de segunda ordem (âmbito da justificação externo) que, segundo a ótica dos decisores, possibilitariam a intervenção judicial no assunto pode gerar consideráveis problemas (como quebra de isonomia em relação a casos análogos e insegurança jurídica pela perda da previsibilidade mínima do Direito), de maneira a confirmar a hipótese de que os limites da interpretação judicial nessa temática devem ser discutidos seriamente, em um debate que leve em conta os critérios decisórios expostos neste trabalho, *coerência/integridade*, *consistência* e *consequências*.

Antes, todavia, de apresentar os pronunciamentos jurisdicionais que servirão de teste para as ilações apresentadas aqui, é preciso fazer uma advertência. O mérito propriamente dito da temática não será objeto de consideração. Isso quer dizer que não farei juízo valorativo sobre a (im)possibilidade de o Poder Judiciário atuar nesse delicado tema da

política penitenciária, tampouco sobre se essa política, dentro dos limites do possível, vem funcionando ou não ou se há justificativa para o seu estado da arte. Muito menos pretenderei oferecer qualquer tipo de solução para a chamada crise carcerária brasileira. Essa complexa e controvertida problemática integra o campo de estudos de políticos, sociólogos, antropólogos, criminalistas e outros profissionais das diversas áreas do conhecimento humano que estudam o fenômeno em suas variadas vertentes. A minha preocupação neste ensaio é com a sindicabilidade da *fundamentação* das deliberações judiciais, no sentido de aferirmos se ela atende ou não aos parâmetros que consideramos de necessária observância pelos juízes, mormente nos chamados casos difíceis, qualificativo que pode ser aplicado, de um modo geral, ao tema da judicialização de políticas públicas e, de uma maneira particular, ao controle judicial da política penitenciária.

Cumpra dizer que todos os acórdãos foram proferidos em ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público das correspondentes unidades federativas. As três primeiras a serem apresentadas provêm do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em uma delas, proferida em 2010, os desembargadores, desprovendo a apelação interposta (número 70033355090), mantiveram a ordem, contida na sentença, para que o ente político crie em torno de 4.000 (quatro mil) vagas no sistema prisional, direcionadas aos estabelecimentos penais de Porto Alegre. Eis o teor da sua ementa:²⁷³

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA CARCERÁRIO CRIAÇÃO DE VAGAS PARA REGIME FECHADO, SEMIABERTO E ABERTO. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO. 1. É viável a ação civil pública para compelir o Estado à criação de vagas no sistema carcerário, sem que isso configure violação à separação dos poderes, pois a situação fática revela evidente afronta à legalidade. 2. A Constituição afirma que a vida é inviolável e ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, caput e III, CF/88), atendendo assim o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF/88). 3. Os arts. 85 e 88 da Lei n. 7210/84 e o Anexo III da Resolução n. 3 de 23 de setembro de 2005 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP não conferem discricionariedade ao administrador para atender a demanda prisional abaixo dos mínimos lá estabelecidos. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

Uma outra decisão do Tribunal de Justiça sul-rio-grandense, também exarada no ano de 2010, manteve o pronunciamento de magistrado de primeiro grau em que deferiu antecipação de tutela para determinar que o Estado, no prazo de trinta dias, desse início a

²⁷³Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 2.6.2013.

procedimento licitatório para reforma emergencial no Presídio Estadual do Município de Itaqui, visando à geração de vagas e recuperação das instalações do prédio, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Esse acórdão foi proferido nos autos do agravo de instrumento autuado sob o número 70034484964 e assim resumido:²⁷⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REFORMA E CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO ESTADUAL. MUNICÍPIO DE ITAQUI. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FUNDAMENTO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PENAL. INCOMPETENCIA DO JUÍZO CÍVEL. LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. Liminar contra a Fazenda Pública. A Constituição Federal de 1988 estabelece e atenta para o postulado de que o cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional - aí incluídas as liminares - como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estabelecendo em seu art. 5º, inc. XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Isso quer dizer que nenhuma lesão ou mera ameaça de lesão de direito individual ou não, pode ser por lei infraconstitucional subtraída do conhecimento do Poder Judiciário, pena de inconstitucionalidade. 2. [...] 3. Mérito. Evidenciados os requisitos para o deferimento parcial da liminar que vem expressamente autorizada na Lei da Ação Civil Pública (art. 12 da Lei nº 7.347/85). 3.1 Direitos fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana. Fundamento de um Estado que se diz Democrático e Social de Direito. Sem prejuízo dos princípios da Tripartição do Poderes e da Reserva do Possível, o enfoque a ser dado nestes autos deve ser outro, no plano dos Direitos Fundamentais, que jamais podem ser desvinculados do conceito de Estado Democrático e Social de Direito. Viola substancialmente o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana a aglomeração sub-humana de presos na Penitenciária Estadual de Itaqui, em número muito superior às vagas existentes, e a precariedade das instalações. Localização do Presídio - no centro da cidade - que agrava ainda mais a situação caso levada a efeito uma rebelião, cuja possibilidade, haja vistas as insustentáveis e indignas instalações, sem quaisquer condições de higiene e segurança, inclusive com um número menor de camas do que de presos, é cada vez mais iminente. Trata-se, ainda, de uma questão de segurança pública; logo, de proteção não apenas à dignidade dos encarcerados, mas da segurança de toda a coletividade. 3.2 Tutela de Direitos Fundamentais por meio de Ação Civil Pública. Em nome da garantia do acesso à justiça, todos os meios previstos na Constituição para a tutela dos direitos fundamentais devem ser permitidos, enquadrando-se, nestes, portanto, a Ação Civil Pública, observadas, por evidente, as disposições da Lei nº 7.347/85 e da própria CF (art. 129, III). 3.3 Tripartição dos Poderes. Poder Discricionário. Limites. Proibição de Retrocesso. A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desconsiderar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. 3.4 Da Reserva do Possível. O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). 3.5 Da astreinte. Natureza coercitiva, e não

²⁷⁴Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 2.6.2013.

punitiva. Visa um fazer por parte do Poder Público. Incidente, portanto, a regra do art. 461, §4º, do Código de Processo Civil. Valor adequado, haja vista a natureza do direito em discussão. REJEIÇÃO DE UMA PRELIMINAR E ACOLHIMENTO PARCIAL DA OUTRA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A última decisão do Tribunal de Justiça gaúcho selecionada para exame é de 2012 (apelação cível número 70049496474). No caso, foi mantida sentença que julgou parcialmente procedente o pedido veiculado na ação ajuizada pelo Ministério Público, determinando a criação de 62 (sessenta e duas) novas vagas no Presídio Estadual do Município de Cachoeira do Sul. A ementa está redigida de forma praticamente idêntica a da apelação cível citada acima, relativa ao sistema prisional de Porto Alegre:²⁷⁵

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA CARCERÁRIO CRIAÇÃO DE VAGAS. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO. 1. É viável a ação civil pública para compelir o Estado à criação de vagas no sistema carcerário, sem que isso configure violação à separação dos poderes, pois a situação fática revela evidente afronta à legalidade. 2. A Constituição afirma que a vida é inviolável e ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, caput e III, CF/88), atendendo assim o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF/88). 3. Os arts. 85 e 88 da Lei n. 7210/84 e o Anexo III da Resolução n. 3 de 23 de setembro de 2005 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP não conferem discricionariedade ao administrador para atender a demanda prisional abaixo dos mínimos lá estabelecidos. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Registrados os acórdãos da Corte de Justiça do Rio Grande do Sul, devemos verificar os outros dois que serão levados em conta neste estudo. Um deles provém do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (processo autuado sob o número 123375-26.2004.8.09.0049, julgado em 2011),²⁷⁶ na qual foi ordenado ao Estado que construísse uma prisão no Município de Goianésia, nestes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SEGURANÇA PÚBLICA. PRIORIDADE ORÇAMENTÁRIA. OMISSÃO ADMINISTRATIVA CONFIGURADA. CONTROLE JURISDICIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER. MULTA DIÁRIA. I - O Ministério Público é parte legítima para promover inquéritos civis e ação civil pública, envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. II - Deve ser rechaçada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido quando ajuizada ação civil pública cujo pedido não se encontra vedado por lei, ao contrário, quando sua

²⁷⁵Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 2.6.2013.

²⁷⁶Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br>. Acesso em 2.6.2013.

pretensão esta pautada tanto nos artigos da Constituição Federal, do Código Penal, da Lei de Execução Penal, quanto na Lei n. 7347/85, e ainda quando não existe ofensa a moral e aos bons costumes. III - A sentença que reconhece a omissão do Poder Estatal em zelar pela segurança pública e determina àquele a construção de novo presídio respeitando-se a dignidade da pessoa humana e requisitos contidos na Lei de Execução Penal, não fere ao princípio da Separação de Poderes, instituído no artigo 2º da Constituição Federal, não havendo também ofensa ao princípio da razoabilidade, insculpido no artigo 37 da Carta Magna, devendo ser admitido o controle jurisdicional, não configurando exame indevido de mérito administrativo, a avaliação e controle pelo Poder Judiciário. IV - Certo é que dentre as prioridades orçamentárias, encontra-se o sistema prisional, devendo suas necessidades ser atendidas ou previstas nos instrumentos legislativos pertinentes, como a lei de responsabilidade fiscal que prevê que o atendimento a ordem judicial, com o emprego de recursos financeiros. V - É permitido ao julgador em ação civil pública ou coletiva, cujo objetivo é a execução de obrigação de fazer ou não fazer, fixar multa diária cominatória, afim de que o prazo para construção da obra seja respeitado, não merecendo no presente caso minoração, por não conter excessividade. AGRADO RETIDO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS.

O derradeiro acórdão escolhido para análise é do Tribunal de Justiça de Rondônia, exarado na apelação cível 0051869-66.2007.8.22.0002. Nesse caso, também foi determinado ao ente político estadual a construção de celas para aumento da capacidade de presídio, além de reformas estruturais no estabelecimento, localizado na cidade de Ariquemes. A ementa está assim descrita:²⁷⁷

EMENTA: Ação civil pública. Construção de presídio. Implementação de política pública. Ativismo Judicial. Possibilidade. Atendimento. Sentença mantida. Recurso Improvido. É possível ao Judiciário, em situações excepcionais, intervir na implementação de políticas públicas. No caso, evidencia-se omissão lesiva aos Direitos Humanos, revelada no descumprimento da obrigação estatal de fornecer condições mínimas de salubridade e segurança aos indivíduos que se encontram sob sua custódia, e qualificada pelo reconhecimento do fato pelo próprio Estado, que firmou acordo expresso para mitigar o problema, mas não o cumpriu.

Feito o registro das decisões que selecionei para testar as ideias colocadas ao longo do presente trabalho, é hora de analisá-las à luz dos critérios decisórios descritos, enfocando os dois âmbitos de justificação, interno e externo. Ressalto que o inteiro teor dos acórdãos examinados poderá ser consultado nos sítios virtuais de cada tribunal, indicados nas respectivas notas de rodapé. Pela facilidade de acesso aos documentos, optei por não incluí-los em eventual anexo ao fim desta dissertação, o que estenderia desnecessariamente o trabalho.

²⁷⁷Disponível em: <http://www.tjro.jus.br>. Acesso em 2.6.2013.

3.3 Análise do âmbito de justificação interno e possibilidade de problematização dos casos

As fundamentações decisórias são muito semelhantes. Em todas, mencionam-se as deficiências e a precariedade do presídio objeto da ação, afirma-se o descaso do respectivo estado-membro e invocam-se, como suporte jurídico para amparar a obrigação de fazer, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e/ou o artigo 5º, incisos III e XLIX, da Constituição.²⁷⁸ Algumas citam, ainda, os artigos da Lei de Execuções Penais que positivam as condições ideais nas quais deve funcionar um presídio.²⁷⁹ Trata-se de raciocínios subsuntivos simples deste tipo: *premissa maior* (direito fundamental de respeito à integridade física do preso), *premissa menor* (insuficiência do número de vagas para atender ao contingente crescente de detentos) e *conclusão* (impor ao Estado a construção de mais presídios).

Dito de outro modo, trabalhou-se apenas no âmbito de justificação interno. Nessa seara, poderíamos syndicar apenas eventuais equívocos lógicos, que à evidência não ocorreram. Os tribunais estabeleceram que aqueles dispositivos constitucionais permitem a imposição de um dever aos entes públicos no sentido de melhorar a respectiva política penitenciária, fixando esse sentido para a premissa maior do silogismo jurídico. A premissa menor, por sua vez, direciona ao exame da prova, que aqui não está sendo considerado. Parto, portanto, do pressuposto de que a precariedade dos presídios está comprovada nos autos processuais, o que – diga-se de passagem – é fato público e notório. Praticamente todos (senão efetivamente todos) os presídios da Federação brasileira apresentam problemas.²⁸⁰

278Art. 5º: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

279Notadamente os artigos 85 e seu parágrafo único (Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades) e 88 e seu parágrafo único (Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)).

280Eventuais dúvidas sobre essa informação podem ser esclarecidas acessando o sítio virtual do Conselho Nacional de Justiça, notadamente as estatísticas resultantes das inspeções realizadas nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Vide: <http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1366&h=768&pular=false>. Acesso em 2.6.2013.

Nessas circunstâncias, a conclusão só poderia mesmo ser a adotada em cada um dos acórdãos. Mas algumas indagações se impõem: o problema é tão simples assim? A interpretação da premissa maior é tão clara? A dramática situação não fora até agora resolvida apenas porque ainda não se tinha pensado em judicializá-la? A minha intuição é a de que a resposta a essas perguntas é desenganadamente negativa. Penso que a controvérsia foi tratada como um “caso claro” porque, como diria MacCormick, não foi, pelo menos no tocante à premissa maior, devidamente problematizada. Vejamos.

Existem substanciais diferenças entre interpretar o direito fundamental à integridade física do preso (artigo 5º, XLIX, da Constituição) como um direito de defesa, de modo a protegê-lo contra agressões de agentes do Estado e de outros detentos, e interpretar esse direito como um direito a sofisticadas e custosas prestações materiais. Quando um presidiário ajuíza uma ação indenizatória por ter sido agredido por agentes penitenciários, há a necessidade de proteção de uma posição jurídica subjetiva individualizada em face de outrem. Quando a demanda é ajuizada, também em nome do direito à integridade física do detento, mas para determinar ao Estado que execute uma política pública, a interpretação desse direito fundamental tem de ser inteiramente diversa. Aqui não pode ser aplicado o mesmo raciocínio subsuntivo, sendo fundamental a problematização e a complexificação da interpretação das premissas. Estamos falando, como as reflexões sobre a conceituação do fenômeno indicaram, de uma atividade tipicamente política, de planejamento, programação, organização e execução de uma ação estatal. José Reinaldo de Lima Lopes, em esclarecedora reflexão, manifesta o mesmo entendimento:²⁸¹

Já os direitos coletivos, se atentarmos bem para sua lista, têm outro caráter. Não se trata, na maioria dos casos previstos no art. 6º,²⁸² de se conservar uma situação de fato existente. Assim, tipicamente o remédio ou ação para proteger tais direitos não consiste na exclusão de outrem (Estado ou particular) numa esfera de interesses já consolidados e protegidos de alguém (indivíduo ou grupo). Trata-se de situações que precisam ser criadas. Assim o direito à educação: é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc.). Ora, se a vaga não existe, se não existe o tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito? Como transformá-lo de um direito à não interferência (permissão, dever de abstenção) em um direito à prestação

281 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126-127.

282 Vale ressaltar que, embora o direito à integridade física do preso não esteja contemplado no rol do artigo 6º da Constituição de 1988, a interpretação que se lhe deu nas decisões foi no sentido de dele extrair uma norma de cunho prestacional, típica dos direitos sociais do artigo 6º, de maneira que o raciocínio de Lima Lopes pode ser aplicado também ao nosso objeto de estudo.

(dever de fazer, obrigação) de alguém? Paradigmaticamente a mesma coisa ocorre com o direito à moradia: com transformar o direito à propriedade (defesa de bens contra a injusta invasão ou apropriação de terceiros e permissão para deter bens legitimamente adquiridos) em direito à moradia (acesso à propriedade, ou à posse – pela locação, por exemplo – de um local onde se estabelecer com a família numa cidade). De quem extrair tal acesso, contra quem exercer seu direito e quem afinal está obrigado a que espécie de prestação?

Ora, tipicamente os *novos* direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos. Mais ainda, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva, para retomarmos a distinção clássica.

Com efeito, a intervenção judicial em todos os casos examinados neste estudo consistiu em reconhecer o problema e determinar a execução de ações para resolvê-lo. As fases de *elaboração, formulação e implementação* da política pública, a julgar pela *ratio decidendi* dos acórdãos, foram ignoradas. Não se sabe se o Poder Executivo dos correspondentes estados esboçou cumpri-las ou não. Mas, mesmo que sequer tenha colocado o problema na *agenda*, uma análise desta pelo Poder Judiciário se faria imperiosa, aferindo quais as prioridades eleitas, nas leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes e orçamento propriamente dito), para a área de política penitenciária (poderia ser o caso de construção de presídio em outra localidade, de modo a evitar a concentração de detentos, por exemplo). A “estrutura financeira da política pública (plano, planejamento e orçamento)”²⁸³ foi olvidada ou, pelo menos, não foi expressamente abordada na fundamentação.²⁸⁴

Considerando-se, então, que essas demandas de fato chegam aos tribunais e, em alguns casos (de que são exemplos as decisões analisadas aqui), os juízes atuam nelas

283BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 258.

284A propósito, o problema é tão complexo que há quem sustente que o Poder Judiciário não seria a arena mais adequada para essa discussão. Conta-se, nesse sentido, que o professor Mark Tushnet, em palestra proferida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sugerira o seguinte exemplo para ilustrar seu pensamento a respeito do avanço judicial sobre políticas públicas: “[...] imagine um guarda de trânsito situado em um cruzamento de ruas. Ele é a autoridade competente e mais apta para gerir o fluxo de trânsito no local. O guarda pode verificar *in concreto* qual das vias possui maior demanda de utilização, e assim definir o tempo ideal em que cada uma delas terá que aguardar a outra, evitando congestionamentos e acidentes. Caso ocorram modificações nesta situação fática, o guarda poderá fazer os ajustes necessários, retornando à situação ideal anterior. Contudo, mesmo admitindo-se por hipótese a competência do referido guarda para gerir o fluxo de trânsito de toda a cidade, e não apenas do cruzamento inicialmente mencionado, ele não seria a autoridade mais apta a fazê-lo, vez que incapaz de visualizar o que acontece nas demais ruas e avenidas. O único resultado de tal permissão será a geração de caos e desorganização, o que viola certas finalidades do sistema jurídico, como os ideais de racionalização e segurança” (FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64, 2009, p. 70).

como se fossem árbitros do melhor meio de se promover o pretendido direito prestacional à integridade física dos detentos via políticas públicas, deles devem ser exigidos parâmetros mínimos e uma abordagem diferenciada do fenômeno, complexo em essência. Parece-me, pois, que pelos menos estas questões deveriam ter sido debatidas na fundamentação dos arestos em exame: O orçamento previu as obras? Qual o valor que elas representam no montante destinado para as políticas de segurança pública? O que é primaz dentro dessa rubrica? Se não estiverem previstas, de que parte do orçamento ou mesmo da rubrica específica sairá o dinheiro? E se essas obras estiverem previstas, isso obriga o Estado? Qual a posição dos julgadores sobre a discricionariedade/vinculatividade dos dispositivos da peça orçamentária? Além disso, como está sendo a execução desse orçamento? Está havendo dificuldades de captação de receitas, a impedir a promoção de outros direitos fundamentais (saúde, educação etc.)? Quais as prioridades que, efetivamente, estão sendo observadas na execução orçamentária? Estão ocorrendo os repasses do FUNPEN (Lei Complementar 79/94)? Negativa a resposta, não seria o caso de a União também integrar a lide, tendo em vista o modelo semidescentralizado de gestão das políticas penitenciárias adotado pela Constituição? E, uma vez ampliadas e construídas cadeias, não seria necessária a abertura de concurso para agentes penitenciários e outros servidores ligados à segurança pública? São apenas algumas indagações – fundamentais, acredito – que não foram abordadas nas decisões. E isso tão somente em relação aos aspectos financeiro e de planejamento das políticas, previstos em todo um capítulo da Constituição da República (“Das finanças públicas”), passível, pois, de ser problematizado enquanto um componente a mais na tarefa de interpretar o direito à integridade física do preso – direito geneticamente destinado à proteção de posições jurídicas individualizadas – como um direito à execução de uma política pública exigível dos estados-membros.

Todos os questionamentos elencados até aqui são exemplos de problematizações possíveis. Não é necessário que nos estendamos descrevendo outros aspectos que poderiam incrementar ainda mais o litígio. O ponto é: trata-se de casos difíceis. Se aparentemente não foram problematizados, isso não significa que não possam sê-lo. Daí a necessidade de abordarmos a justificação de segunda ordem ou externa. Esse âmbito da fundamentação não foi expressamente tratado pelos decisores. E é aí, portanto, que será possível mostrar a fragilidade dos argumentos postos nas decisões, principalmente se analisados sob a ótica das exigências de respeito à coerência do Direito e de consideração das

consequências como implicações jurídicas. Sem mais delongas, é o momento de cuidarmos do assunto.

3.4 Análise do âmbito de justificação externo: um exame crítico da fundamentação das decisões

De certa forma, a Constituição de 1988 – analítica, dirigente e compromissória – *empurrou* os juízes para a análise de políticas públicas. E é preciso que esse fenômeno seja absorvido pelo Poder Judiciário com pelo menos alguma preocupação sobre os limites de sua discricionariedade. O novo senso comum teórico lhe propicia uma descrição de princípios e valores constitucionais que tocam a temática, mas silencia quanto ao problema das balizas conformadoras do seu poder discricionário. Até aqui trabalhamos para tentar demonstrar que essas balizas são possíveis, bem como que as teorias de Dworkin e MacCormick podem nos ajudar a obtê-las. No capítulo anterior, vimos que as decisões selecionadas para exame preocuparam-se em justificar apenas internamente suas conclusões. Não as problematizaram, silenciando, pois, a respeito dos fundamentos exigíveis ao nível de justificação de segunda ordem, ou seja, ao nível da *consistência*, da *coerência* e das *consequências* da deliberação. Vale conferir alguns resultados dessa omissão.

Inicialmente, parece-me não haver problemas de *consistência* na fundamentação das decisões. Com efeito, entendo inexistir transgressão ao conteúdo semântico mínimo do direito à integridade física das pessoas submetidas ao cárcere pela determinação de construção de presídios para melhor acomodá-las. Diz o dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XLIX), literalmente, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Como dito, cuida-se, a uma primeira vista, de típico direito de defesa,²⁸⁵ todavia não implica *subversão* de significado a extração, a partir do seu enunciado,

285E parece não haver muita dúvida quanto a isso. Essa característica de “direito de defesa” é um traço comum à maior parte dos direitos positivados no chamado “rol do artigo 5º da Constituição”. Como refere Lima Lopes: “De maneira geral os direitos previstos no artigo 5º têm a natureza tradicional de direitos de liberdade: significam antes de mais nada imunidade, não impedimento, permissão para fazer ou não fazer, tanto assim que logo no início da lista consta o princípio de ninguém ser obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei (inciso II), logo após o princípio inicial de igualdade perante a lei e entre os sexos (inciso I). Os outros direitos previstos no artigo 5º são, muitas vezes, limites constitucionais ao poder do Estado (como Administração, Legislador ou Juiz) no que diz respeito à vida privada dos cidadãos [...]. Além disso, os direitos do artigo 5º estão definitivamente marcados pelo traço da liberdade compreendida como não-

de um direito a uma prestação material que visa a cumprir a finalidade da disposição constitucional: a proteção à integridade física e moral dos detentos. Apesar disso, à mesma conclusão não podemos chegar relativamente aos demais parâmetros decisórios.

No tocante ao dever de *coerência*, há problemas evidentes nas decisões. Se tivermos presente a metáfora dworkiniana do “romance em cadeia”, veremos a insuficiência dos fundamentos decisórios. Pois bem. A coerência/integridade do Direito demanda uma autorreflexão dos tribunais acerca de seu papel enquanto instância de poder. Nessa tarefa, é imprescindível um respeito à hierarquia interna do próprio Poder Judiciário. O que quero dizer com isso é que os Tribunais de Justiça de Goiás, de Rondônia e do Rio Grande do Sul devem(riam) ter a consciência de que o debate posto é de estatura constitucional e, dessa maneira, a Corte responsável pela última palavra sobre a lide é o Supremo Tribunal Federal (STF), não por acaso a Suprema Corte brasileira. Parece-me, pois, que o passo inicial para a apreciação da controvérsia deve ser a investigação sobre a (in)existência de precedentes do Supremo sobre o tema. Em uma pesquisa no seu sítio virtual, podemos identificar que o STF têm, sim, julgados específicos a respeito da problemática. São todos pronunciamentos unipessoais. Provêm de ministros diversos e datam de períodos distintos (de 2005 a 2011). Mas a principal constatação que se colhe da pesquisa é a de que todos são no mesmo sentido: entendendo pela impossibilidade de o Poder Judiciário compelir o Poder Executivo a construir ou reformar penitenciárias.²⁸⁶ Devo transcrever alguns excertos de pelo menos um deles, até porque as decisões adotam a chamada “motivação *per relationem*”, isto é, reportam-se aos fundamentos das anteriores. A decisão monocrática mais recente é da ministra Cármen Lúcia (RE 650.085/SP), que faz um apanhado das demais, sendo, portanto, a mais ilustrativa do pensamento do Tribunal. Eis os seus trechos mais significativos (são longos, mas imprescindíveis para a demonstração do meu argumento):²⁸⁷

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de

impedimento, a chamada liberdade geográfica. Por isso, os remédios característicos construídos para tais direitos são o mandado de segurança e o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII e LXIX e LXX). Os remédios têm caráter corretivo, mesmo quando usados preventivamente: a ameaça de direito de que fala a Constituição significa que é preciso corrigir se não um ato já praticado um ato a ser proximamente praticado pela autoridade [em suma, direitos de defesa contra o Estado]”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126).

²⁸⁶São os pronunciamentos exarados nos seguintes recursos extraordinários: RE 279.455/SP (Ministra Ellen Gracie), RE 365.299/SC (Ministro Carlos Velloso), RE 403.806/PR (Ministro Cezar Peluso) e RE 422.298/PR (Ministro Eros Grau). Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 3.6.2013.

²⁸⁷Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 3.6.2013.

Justiça de São Paulo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ajuizamento pelo Ministério Público em face da Fazenda do Estado objetivando a interdição de cadeia pública e a sua consequente reforma - Estabelecimento carcerário que deve atender as exigências do art. 88 da LEP, de forma a assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, inc. XLIV), evitando-se tratamento desumano e degradante - Recursos desprovidos” (fl. 407 - grifos nossos).

[...]

Analisados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

3. Razão jurídica assiste ao Recorrente.

4. Este Supremo Tribunal assentou que a determinação, pelo Poder Judiciário, de realização de obras em cadeia pública contraria o art. 2º da Constituição da República:

[...]

6. Todavia, no que concerne à violação ao art. 2º da Constituição Federal, assiste razão à parte recorrente, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Min. Eros Grau bem ressaltou sobre a matéria no RE 422.298/PR, DJ 07.8.2006, nos seguintes termos:

“3. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE n. 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05.”

Ainda, nesse sentido cito o RE 403.806/PR, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007 e o RE 401.758/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.3.2008.

7. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento.

8. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço em parte do recurso extraordinário e nessa parte dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação civil pública” (RE 279.455, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJe 17.3.2010, trânsito em julgado em 22.4.2010 – grifos nossos).

[...]

Admitido o recurso (fls. 237-238), subiram os autos.

A Procuradoria Geral da República, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 243-246).

Autos conclusos em 29.9.2005.

Decido.

Destaco do parecer do ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos:

“(…)

8. De início, impede reconhecer que o vergastado acórdão não ofendeu o caput do art. 144 da Carta da República de 1988, que dispõe: 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)'. Isto porque, independente de se taxar tal norma de programática ou de eficácia contida, ela deve ser interpretada de modo a se coadunar com o disposto no art. 2º do mesmo diploma Legislativo, que trata da interdependência dos Poderes da União.

9. De fato, a utilização de ação civil pública a fim de exigir do Executivo local a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigura-se um

questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser deveras direito de todos, esse tipo de ingerência nos atos da Administração pública pode acabar por transformar o juiz em administrador, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas.

10. Importante é consignar que o raciocínio acima esposado nada tem a ver com doutrinas apriorísticas que pregam a intangibilidade do mérito dos atos administrativos ante o controle exercido pelo Judiciário, pois esse é o tipo de discussão que resta superada ante o mandamento presente no inciso XXXV do art. 5º (princípio da ubiquidade da jurisdição) de nossa Lei Fundamental de 1988, uma vez que, independente de o ato administrativo ser taxado de vinculado ou discricionário, havendo lesão ou ameaça a direito, faz-se necessária a intervenção do Judiciário sempre que provocado.

III

11. Ante o exposto, o parecer é pelo não provimento do extraordinário. (...).” (Fls. 245-246)

Correto o parecer.

A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, caput, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer foi adotado no acórdão recorrido:

“(...

'Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adredemente aprovados pelo Legislativo.

'Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades.

'Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessário para tal desiderato.

'A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, algumas em pior situação, por falta de verbas, aguardam por idêntica solução? O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade.

'Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal.

(...).” (Fls. 205-206)

É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento” (RE 365.299, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão monocrática, DJ 9.12.2005, trânsito em julgado em 15.2.2006 – grifos nossos).

Dessa orientação jurisprudencial divergiu o julgado recorrido.

5. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário** (art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 1º de setembro de 2011.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**

Relatora [grifos do original]

Podemos observar, portanto, a partir do discurso da ministra, que todos os precedentes do Supremo Tribunal Federal enfrentaram o mérito da controvérsia de forma diametralmente oposta aos acórdão aqui analisados, enfatizando que a tentativa de “transformação” do direito à integridade física do preso em um direito à execução de uma política pública encontra óbice nas regras orçamentárias e no princípio da separação harmônica e funcional do Poder. Apesar dessa relevante circunstância, as decisões da Suprema Corte brasileira foram simplesmente desconsideradas pelos pronunciamentos dos tribunais estaduais.

O Tribunal de Justiça de Goiás, na sua fundamentação, citou apenas um precedente proferido pelo próprio órgão jurisdicional em caso semelhante. O Tribunal de Justiça de Rondônia adotou, como razão de decidir, o julgado monocrático do ministro Celso de Mello proferido na ADPF 45, aquele em que o ministro incorporou, em *obiter dictum*, os ensinamentos do novo senso comum teórico, fazendo considerações, de uma forma absolutamente abstrata e genérica, sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas de um modo geral (vide o capítulo 1.1 deste ensaio). É interessante ressaltar, a respeito do acórdão do Tribunal de Rondônia, que houve um voto vencido no qual foi referido, expressamente, o RE 365.299 do STF, um dos precedentes específicos (o primeiro) sobre judicialização de política penitenciária. Nos votos vencedores, nada a respeito foi dito, dando-se preferência à decisão unipessoal proferida na ADPF 45. Por fim, nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em dois casos (70033355090 e 70049496474), não foram citados precedentes e, no outro (70034484964), foi citado apenas um dos casos anteriores (o de número 70033355090).

Não tenho dúvidas em afirmar que a integridade/coerência do Direito foi violada por todos os acórdãos dos tribunais estaduais. Lembremo-nos que a integridade exige que toda interpretação jurídica respeite dois pressupostos básicos: a adequação (*fit*) e a justificação (*justification*), que requerem a demonstração, pelo juiz, de que sua decisão se conforma com a história institucional da prática jurídica em questão e faz dessa prática a melhor possível. Nenhum dos dois pressupostos foi atendido. Não há nada, nas decisões, que justifique sua adequação à prática jurisprudencial, tampouco há qualquer justificativa que evidencie as razões pelas quais as respectivas soluções seriam as que mais aperfeiçoariam o histórico de precedentes, traduzindo o Direito sob sua melhor luz. Ora, vimos que a integridade/coerência do Direito não exige que se adote sempre a mesma solução trilhada pela linha de precedentes, não sendo, portanto, necessariamente conservadora. Os tribunais estaduais, em acreditando que os julgamentos do Supremo podem ser revisitados, deveriam ter demonstrado o porquê, justificando os motivos pelos quais os princípios mais gerais do Direito imporiam o abandono daquela linha jurisprudencial e tentando, dessa forma, construir um “novo romance”. O fato, porém, é que as decisões foram proferidas como se nada antes delas tivesse existido.

Como se não bastasse, vale referirmos, em relação aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que foram localizadas decisões do próprio Tribunal em sentido contrário. Uma delas, aliás, deu ensejo ao recurso no qual a repercussão geral da matéria foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como indicamos na introdução.²⁸⁸ Não vejo razões para a omissão desses precedentes nos acórdãos examinados. Há aqui um ônus argumentativo imposto pelo dever de coerência, no sentido de que os órgãos jurisdicionais justifiquem os motivos que os levam a não aplicar os julgados anteriores do próprio órgão sobre o mesmo assunto. São estes os precedentes do Tribunal gaúcho que rechaçaram a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na política pública penitenciária do respectivo estado-membro.²⁸⁹

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTADO DO RIO GRANDE DO

²⁸⁸Trata-se do recurso de apelação e reexame necessário número 70022363717, cuja discussão teve a repercussão geral reconhecida pelo STF no recurso extraordinário (RE) 592.581/RS, com a seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128).

²⁸⁹Disponíveis em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 3.6.2013.

SUL. DECISÃO FUNDAMENTADA. APRESENTAÇÃO DE PROJETO E REALIZAÇÃO DE OBRAS E ALBERGUE E PRESÍDIO CENTRAL DO MUNICÍPIO DE PALMEIRA DAS MISSÕES. DESCABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. É certo que o dever de proteção ao condenado/albergado, como corolário dos direitos à vida e à integridade física, bem como ao direito à segurança, são assegurados pela Constituição Federal, sendo a superlotação e a ausência de condições de habitabilidade dos presídios estaduais um sério problema a ser considerado. Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, igualmente não implementados devido à falta de verbas, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes. Precedentes do TJRS e STJ. Apelação a que se nega seguimento. (Apelação Cível Nº 70036279453, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 07/06/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. DESCABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. Preliminar: O pedido não é juridicamente impossível, porquanto não lhe veda expressamente a ordem jurídica. Mérito: O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais. É que diversa a carga de eficácia quando se trata de direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental. Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva. Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição auto-executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. Para além disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada reserva do possível. Pois a reserva do possível, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos. Preliminar rejeitada. Apelo provido. Unânime. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70022363717, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 27/02/2008)

Isso tudo nos indica que a premissa maior do silogismo e sua conclusão não são tão simples como fazem supor as fundamentações das decisões dos tribunais estaduais. Invocar abstratamente a dignidade humana, a vedação à tratamento degradante e a integridade física dos detentos é muito pouco para cumprir o dever fundamental de motivação decisória (artigo 93, IX, da Constituição de 1988). São, a toda evidência, valores importantíssimos, essenciais e fundantes. Não há quem negue essas características. A Constituição os erige, inclusive, em cláusulas pétreas. Porém, como é possível extrairmos das razões dos precedentes contrários aos acórdãos sob análise e da conceituação do fenômeno política pública, estamos diante de um caso complexo, problemático, para usarmos a expressão de MacCormick. Volto a referir, então, ainda no tocante ao dever de coerência/integridade do Direito, que os princípios relativos à estrutura financeira da política pública (plano, planejamento e orçamento) foram desconsiderados, muito embora eles sejam essenciais, na visão do Supremo Tribunal Federal, para o resultado da interpretação do problema constitucional em debate. A eles foram feitas apenas algumas menções laterais, não tendo sido, portanto, seriamente debatidos e problematizados. Por “seriamente debatidos e problematizados” não estamos entendendo meras referências do tipo “em uma ponderação entre o respeito ao orçamento do Estado e o direito a não receber tratamento degradante, devemos ficar com esse último”. Um argumento desse tipo, em abstrato, é retoricamente imbatível. Mas isso não é levar a sério os problemas orçamentários. Quando eles existem, uma “ponderação” desse tipo se daria entre, por exemplo, a construção de uma cadeia e a compra de medicamentos para serem distribuídos pelo sistema único de saúde ou entre a reforma de um presídio e a construção de uma escola ou um hospital. Os valores em jogo mudariam, portanto. Estaríamos nos referindo à promoção da educação, da saúde, enfim, da vida humana. Precisamente por isso, por suas implicações em bens jurídicos fundamentais, a matéria orçamentária recebe respaldo constitucional. Devo trazer à colação, mais uma vez, José Reinaldo de Lima Lopes, cujas ilações reforçam a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas descuidando-se de sua complexa estrutura financeira:²⁹⁰

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começemos afirmando

²⁹⁰LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131-133.

que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação do meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. [...]

Nesta perspectiva, cresce a importância de alguns capítulos constitucionais pouco conhecidos dos juristas em geral. Refiro-me particularmente ao Título VI (“Da Tributação e do Orçamento”), Capítulo II (“Das Finanças Públicas”), artigos 163 a 169. Em geral o estudo de tais normas tem sido relegado a um segundo plano, seja nos currículos das faculdades de direito, seja no debate público. Em geral, também, o estudo de tais normas restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena *transição pós-moderna*, digamos assim, do Estado? [...].

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, § 1º).

Parece ser o momento de falarmos um pouco sobre o terceiro “C” da teoria de MacCormick: as *consequências* da deliberação judicial, as quais, da mesma forma, não mereceram a atenção dos desembargadores nas decisões sob exame. Isso porque essas decisões, se universalizadas, podem criar uma situação complicada no que tange à atividade de administrar a coisa pública. É que, se partirmos da fundamentação apresentada pelos juízes, chegaremos à conclusão de que os problemas de insuficiência de políticas públicas são facilmente resolvíveis. Basta “denunciar” o descaso ao Ministério Público, o qual, por sua vez, ajuizará uma ação e um magistrado, de preferência em sede de liminar, determinará que o poder público disponibilize e execute os meios materiais necessários à promoção dos direitos fundamentais – principalmente os de índole social – previstos na Constituição.

No entanto, é evidente que não são apenas os municípios e apenados abrangidos pelas decisões que estão sofrendo com a superlotação das cadeias. A crise penitenciária brasileira é notória de há muito.²⁹¹ Assim, dizer simplesmente que as cadeias são

²⁹¹É o que diz Rogério Greco, em estudo destinado a avaliar a crise do sistema carcerário (GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226-227): “Nos países da América Latina, principalmente, os presídios transformaram-se em verdadeiras ‘fábricas de presos’, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna,

precárias é afirmar o óbvio, por mais perversa que seja a realidade. Nesse contexto, então, não seria necessário, em nome do dever de universalizabilidade da decisão, atender ao pedido de todos os promotores que ajuizassem ações civis públicas em cada uma das Comarcas da unidade federativa ao argumento da precariedade dos respectivos estabelecimentos prisionais? Como as decisões não oferecem critérios de prioridade, seríamos forçados a responder afirmativamente à indagação, o que acabaria por operar uma substituição definitiva de quem deve, por atribuição constitucional, exercer as funções de administração pública, que passariam a ser executadas pelo Poder Judiciário, em vez do Poder Executivo, nessa seara fundamental para o Estado brasileiro. Em última análise, estamos falando de um redesenho do princípio da separação harmônica e funcional do Poder da República, consequência jurídica gravíssima, pois.

Recordando o pensamento de MacCormick, o exercício a ser feito pelos decisores para a aferição do consequencialismo jurídico se processa da seguinte maneira. Devem, em um primeiro momento, pressupor que o precedente que está sendo formado alcançará todas as pessoas que potencialmente se encontrem na mesma situação. Em um segundo passo, devem fazer um prognóstico do que ocorreria se os beneficiários do pronunciamento jurisdicional se engajassem na conduta autorizada (na situação sob enfoque, não seria apenas possível, mas extremamente provável que outros órgãos do Ministério Público, por dever de ofício, viessem a ajuizar ações à vista de um precedente de tribunal autorizativo da intervenção judicial na política pública penitenciária). Dessa forma, se os julgadores houvessem atentado para a universalizabilidade das possíveis consequências de seus atos, a sua argumentação teria seguramente abordado muitos outros aspectos. Ora, para que uma deliberação desse tipo seja universalizada, devem ser exigidos esclarecimentos acerca da efetiva possibilidade de inclusão da obra pública no orçamento, da inexistência de preterição de outros deveres fundamentais a serem cumpridos pelo Estado (saúde, educação etc.), do grau de recalcitrância do ente público, do nível de gravidade da situação dos presos daquela penitenciária em um comparativo com um número razoável de outras cadeias públicas, notadamente as localizadas no mesmo estado-membro, dentre outras circunstâncias. Enfim, esses são apenas alguns exemplos de aspectos minimamente necessários para a

que não afete outros direitos que lhe são inerentes. A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional”.

universalização do julgamento em um caso de alta complexidade como o que estamos avaliando (lembremo-nos aqui de alguns questionamentos que fizemos acima quando tratamos da imperiosidade de maior problematização da controvérsia).

A julgar pela forma como foram fundamentadas as decisões, aliás, poderíamos concluir que estaria autorizada a intervenção do Poder Judiciário para obrigar o Poder Executivo a realizar qualquer tipo de obra pública que esteja sendo demandada pela população e, por via de consequência, pelo Ministério Público em uma ação judicial: construção de uma escola em nome da educação; de uma creche em nome do dever de proteção das crianças; de casas populares em nome do direito à moradia; de estradas em nome da segurança no trânsito; de hospitais e postos de atendimento em nome do direito à saúde. Uma interminável lista de carências sociais poderia então ser suprida pelo simples movimento da caneta de um magistrado. A respeito do assunto, vale conferirmos o voto vencido do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia. Um dos fundamentos adotados é de nítida natureza consequencialista. Interessa registrar que esse fundamento não foi objeto de consideração pelos votos vencedores, que deixaram de controvertê-lo e, portanto, de problematizá-lo. Vejamos o excerto do voto vencido a que estou me referindo:²⁹²

Entendo que, por mais que os argumentos iniciais desta ação sejam relevantes, e, ainda, apesar de sabermos ser a segurança pública, bem como a dignidade da pessoa humana, direitos constitucionais e deveres do Estado, o fato é que esse tipo de ingerência pode acabar por *transformar o Poder Judiciário em Poder Executivo*, ou seja, abrangendo, *além da função de julgar, o ofício de também administrar*.

No caso em análise, a obrigação de fazer consisti em determinar ao Estado de Rondônia a reforma do prédio em que funciona a Casa de Detenção de Ariquemes, bem como outras medidas que também dependem de previsão orçamentária, matéria de atribuição do Poder Executivo.

Dessa forma, entendo que cabe apenas ao Executivo o poder de dar prioridade à aplicação do dinheiro público, dentro dos parâmetros orçamentários estabelecidos pelo Legislativo, *pois, se assim não for, estaremos permitindo que a totalidade das despesas de investimento sejam fixadas judicialmente*.

É que, conforme asseverado na decisão do Ministro Carlos Velloso (RE 365299), do Supremo Tribunal Federal, não podemos esquecer que o Estado, de igual forma, *também tem a responsabilidade de manter de forma eficiente e digna a saúde, educação, transporte público, dentre outras prerrogativas asseguradas na Constituição*.

A conclusão a que se chega, portanto, é que somente a Administração Pública poderá distribuir os recursos orçamentários para suprir as necessidades encontradas, *pois não parece razoável que o Judiciário imponha ao Executivo o direcionamento de verbas para atender determinada comunidade em detrimento de outra, considerando que diversos postulados*

²⁹²Disponível em: <http://www.tjro.jus.br>. Acesso em 3.6.2013.

constitucionais também se encontram escassos ou mesmo indisponíveis.

Tal paralelo é muito simples de se visualizar ao imaginarmos as dezenas de presídios, hospitais, escolas, prédios públicos que estão em situações inservíveis ante a miserabilidade de suas condições, mas que, nem por isso, são submetidos a reformas ou a medidas necessárias para afastar o estado de calamidade.

Se assim fosse, seria fácil resolver os problemas sociais do Brasil, pois sempre que constatada uma situação que vai de encontro com os direitos assegurados na Constituição Federal, poderíamos, por meio da provocação do Ministério Público, conceder provimentos jurisdicionais com idêntica solução que foi dada na sentença impugnada pelo Estado de Rondônia.

Assim, a conclusão a que chego é que o Judiciário não pode impor ao Estado obrigação que consista em atos de administração, por se tratar de tarefa reservada ao Poder Executivo, de modo que, caso contrário, estaríamos provocando evidente transgressão ao princípio da separação dos poderes, já que haveria intromissão no plano administrativo e orçamentário do Estado. [grifei]

A conclusão a que chegamos, portanto, é a de que existe um déficit de fundamentação nas decisões examinadas. Mas é claro que, para chegarmos a essa conclusão, foi necessária uma análise amparada por teorias efetivamente preocupadas com a discricionariedade judicial. Retomo, assim, o problema da produção do senso comum teórico em matéria de judicialização de políticas públicas. Falta-lhe trabalhar com a difícil questão do balizamento do poder discricionário dos juízes. Se atentarmos para os acórdãos selecionados, veremos que, do ponto de vista da utilização de valores e princípios, não haveria o que neles sindicarmos. Falaram em dignidade da pessoa humana, em direitos fundamentais, em reserva do possível, em razoabilidade etc. O arsenal de princípios constitucionais que subjazem o debate sobre o controle judicial de políticas públicas parece, pois, estar bem apreendido pelos juízes. Não reside aí a carência de fundamentação decisória. Ela se faz notar quando voltamos o nosso olhar para a discussão sobre até onde o Poder Judiciário pode ir nessa seara, ou seja, sobre o grau de exigências argumentativas necessário para a legitimação das decisões. Em suma, há uma ausência de motivação adequada acerca dos limites e possibilidades da interpretação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a exposição das ideias de MacCormick e de Dworkin a respeito da discricionariedade dos juízes e aplicadas essas ideias a situações concretas, parece-me possível concluir que a obtenção de algum equilíbrio entre o caráter argumentativo do Direito e a necessidade de previsibilidade das decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, é algo factível. Mas o “dar-se conta” dessa possibilidade tem de partir dos próprios membros do Poder Judiciário. Um dos papéis da teoria jurídica é precisamente alertá-los para isso, muito embora o novo senso comum teórico não manifeste muita preocupação com o problema. À vista desse panorama, penso ser de algum proveito incluir, nessas derradeiras reflexões, um dado que reputo interessante.

Amilton Bueno de Carvalho, um dos mais conhecidos representantes brasileiros de um movimento nascido com o DNA da transgressão, o Direito Alternativo, no capítulo segundo de seu “Magistratura e Direito Alternativo”, cuja primeira edição remonta à década de 1990, tece algumas considerações sobre a precariedade dos presídios e sua abordagem pelo Poder Judiciário.²⁹³ Ele cita uma decisão de 1987, proferida, na Comarca de Porto Alegre, pelo juiz criminal Fernando Motolla, na qual, diante da demora atribuída a órgão do Poder Executivo na confecção de um exame pericial, foi determinada a liberdade provisória de um traficante de cocaína que alegava ser dependente da droga. Até aí nada vanguardista. O “novo”, segundo Carvalho, estaria na ação posterior do magistrado, que comunicou o fato à imprensa, “repondo a responsabilidade pela morosidade no local próprio: o Executivo”. Esse fato seria novo porque “histórica e passivamente o Judiciário, a nível público, silencia denúncias, contribuindo para que se o tenha como inoperante”.

O autor passa então a defender que se leve “adiante o raciocínio do magistrado”, sugerindo que os juízes cumpram um determinado procedimento sempre que se depararem com o grave problema da superlotação carcerária. Esse procedimento consistiria em um levantamento prévio feito pelo próprio juiz sobre as possibilidades estruturais do presídio. Depois, seguir-se-ia uma comunicação à imprensa, também levada a cabo pelo magistrado, de que não ordenaria a prisão de pessoas além do número suportado pelo estabelecimento penal e, por fim, o julgador ainda determinaria a soltura imediata dos

293CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 64-65

detentos em excesso. Esse iter seria uma forma de obrigar o Poder Executivo a cumprir suas obrigações constitucionais, notadamente no que se refere aos direitos da população carcerária. “Outra solução, menos drástica, seria a de conceder prazo ao Executivo para construir presídios. Vencida e não cumprida a obrigação, daí sim determinar a soltura”. Se considerarmos criticamente essas ilações, chegaremos a uma interessante conclusão. O Direito Alternativo é um movimento que vê na lei um mero referencial remoto para a decisão do juiz, que deve buscar fazer justiça no caso concreto, segundo sua consciência, em favor dos oprimidos. Eis o seu pressuposto teórico. Mesmo assim, Amilton Bueno de Carvalho não sugeriu que a solução para o problema da superlotação carcerária fosse a intervenção direta do Poder Judiciário na política penitenciária. O máximo a que chegou nesse sentido foi a possibilidade de fixação de prazo para o Poder Executivo agir. Mantida a omissão, a consequência seria a soltura dos presos, como forma de pressão.

Interessa-nos mais o que não foi dito pelo teórico. Seria, aliás, uma empreitada desafiadora pesquisarmos por que um dos mais representativos defensores do Direito Alternativo não sugeriu que o Poder Judiciário pudesse determinar ao Poder Executivo que construísse ou reformasse cadeias públicas. Uma postulação plausível seria a de que ele tem consciência das dificuldades, da complexidade e, portanto, dos riscos sócio-jurídico-políticos da tarefa, de modo que preferira defender formas indiretas de coação (mídia e soltura de detentos). Aproximando essas reflexões das decisões examinadas neste trabalho, podemos verificar que os tribunais estaduais adotaram “soluções” muito mais drásticas do que as sugeridas por Carvalho, argumentando, todavia, como se estivessem apenas fazendo cumprir o que determina a legislação (no caso, a Constituição e a Lei de Execução Penal). Essa constatação ilustra a premente necessidade de que seja discutida seriamente a questão da discricionariedade judicial pela doutrina brasileira, notadamente no campo do controle de políticas públicas.

O poder discricionário dos juízes efetivamente importa. Buscar teorizá-lo é uma medida que contribui para a diminuição do arbítrio do poder político do Estado. E nessa tentativa de oferecer critérios racionais de sindicabilidade das deliberações jurisdicionais não é necessário que optemos por algum tipo de “visão ingenuamente cognitivista sobre a qualidade do pior ou do melhor argumento”. A expressão é de MacCormick,²⁹⁴ que nega a

294MacCormick: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 332.

possibilidade de obtermos respostas aceitáveis nos casos difíceis por meio de alguma misteriosa faculdade que enseje a obtenção de conclusões certas em questões de equilíbrio sutil. Uma eventual faculdade assim tão poderosa não poderia ser assimilada por nenhum de nossos sentidos (visão, olfato, paladar ou audição). “É uma questão de opinião ou de julgamento, não uma questão que você vê simplesmente porque está ali na frente dos seus olhos”. Trata-se de uma empresa altamente reflexiva e contextual, que deve ser assumida pelo intérprete em função do caráter marcadamente interpretativo do Direito.

Dito de outra maneira, estamos diante de uma complexa atividade, que deve levar a sério os deveres de respeito à integridade do Direito, de observância da consistência da interpretação e de avaliação das consequências da decisão. Não defendi neste trabalho, portanto, alguma forma de passivismo judicial, como a exigir dos juízes que sejam a mera “boca da lei”. As teorias de MacCormick e de Dworkin nos mostram que limites às decisões judiciais são possíveis, mesmo nos casos difíceis, sem que, para tanto, “mecanizemos” os magistrados. Com efeito, “a alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório”.²⁹⁵ Essa alternativa depende, evidentemente, de vontade e atitude por parte não só dos julgadores, mas dos atores jurídicos de um modo geral, que devem ver no poder discricionário dos responsáveis pela prestação jurisdicional uma questão digna de atenção e consideração. Foi o que tentei fazer neste estudo.

²⁹⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. *Doxa – Discusiones*, n. 10, p. 21-64, 2011.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 29, p. 479-489, 2006.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: Saúde. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BENGOETXEA, Joxerramon. Una defensa del consecuencialismo en el derecho. *Télos: Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, v. 2, n. 2, p. 31-68, 1993.

BRUM, Guilherme Valle. O intuicionismo em Rawls, o emotivismo em MacIntyre e a técnica decisória da ponderação entre princípios constitucionais: comentários sobre o caso Ellwanger. *Revista Universitas Jus*. Brasília: UniCEUB, v. 23, n. 1, p. 79-93, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 7-16, 2009.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, p. 155-176, 1992.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006,

DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. Trad. Francisco G. Heidemann. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora da UnB, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*. Philosophy and Public Affairs, v. 25, n. 2, Spring, 1996, p. 87-139

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARENZENA, Sulen. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais e a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Espírito Santo, n. 9, p. 77-104, jan./jun. 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007.

FINNIS, John. *Fundamentos da Ética*. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, p. 91-125, jan./mar. 2008.

FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64, 2009.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria lingüística*. O prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A Exaustão de um Paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. O caso do leasing. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Ainda o Direito Posto e o Direito Pressuposto ou Marx, Sartre e Charles de Gaulle. *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional. Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 42, p. 11-32, 2008.

HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o Direito e a democracia? Repensando as relação entre o Direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 54, p. 39-56, 2001.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

KUHN, Thomas S. Algo Más Sobre los Paradigmas. Trad. Roberto Helier. In: KUHN, Thomas S. *La Tensión Esencial*. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio em el ámbito de la ciencia. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O Caminho Desde a Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da Lei Orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARQUES, Lilian Patrus. Políticas públicas em juízo: meios de controle jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n.104, p. 62-77, nov. 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, Itajaí, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípio: a contribuição de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 265-289, jul./dez. 2006.

MICHELON, Cláudio. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 77, p. 131-184, out./dez. 2011.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NAGEL, Thomas. *Otras mentes*. Ensayos críticos 1969-1994. Trad. Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito. *A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). *Políticas públicas*. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A short guide for the perplexed*. University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 77, 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 27.3.2013.

SILVA, Frederico A. Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery (Orgs.). *Cultura Viva: avaliação do programa arte educação e cidadania*. Brasília: IPEA, 2010.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 6, n. 21, p. 541-574, jan./dez. 2011.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-36, mar. 2011.